

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO DE RODOVIAS NO ESTADO DO PARANÁ**

Claudio Hideharu Nagai

**Curitiba/PR.
2015**

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO DE RODOVIAS NO ESTADO DO PARANÁ**

CLAUDIO HIDEHARU NAGAI

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Mestre Marcia Fernandes Bezerra.

**Curitiba/PR.
2015**

EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS NO ESTADO DO PARANÁ

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Prof.^a Mestre Márcia Fernandes Bezerra
Orientadora

Prof.^a Dalva Araújo Gonçalves
Examinadora

Prof.^a Maristela Silva Fagundes Ribas
Examinadora

Curitiba/PR., _____ de _____ de _____.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho aos meus honrados pais, que se doaram para minha criação, para que eu sempre mantivesse o foco nos meus objetivos, a formação do meu caráter, principalmente pela fé em mim depositada, enfim, por tudo que fizeram, pois sei que fizeram tudo que podiam.

Obrigado Papai.

Obrigado Mamãe.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e Meishu-Sama em primeiro lugar, pela oportunidade de poder estudar e principalmente pela graça recebida por ter saúde e pessoas boas ao meu lado sempre.

À Professora Mestre Márcia Fernandes Bezerra, que me honrou com sua orientação, Mestre não só no Direito, mas também na arte de ensinar, por acreditar no meu trabalho, pelas magníficas aulas em suas orientações que deram o norte para a elaboração deste trabalho. Meus sinceros agradecimentos.

Uma menção especial à professora Dalva Araújo Gonçalves, mulher ímpar, que acolhe a todos com seu carisma, meu especial agradecimento por ter sido aquela que, mesmo sem saber, me fez ter cada vez mais o gosto pelo Direito.

Externo minha gratidão a todos os professores desta respeitável instituição, que apesar das suas batalhas diárias como profissionais em suas respectivas áreas, dispõe de seus conhecimentos e nos repassam com sabedoria.

A cada funcionário, meu respeito e agradecimento, por contribuírem num todo, para o bom andamento e funcionamento desta faculdade, onde milhares de alunos vêm em busca de seus sonhos.

A empresa Construtora Tomasi Ltda., na pessoa do Senhor João Antonio Tomasi, por me dar o suporte para que mais esta etapa fosse cumprida, e a cada colega de trabalho que de alguma forma me auxiliaram direta ou indiretamente.

Aos meus colegas de sala de aula, em especial àqueles que além de colegas foram amigos também, Marcelo Jansen e Maikon Eugênio, obrigado pela riqueza da convivência.

Aos professores examinadores desta ilustre banca, por gentilmente disponibilizar tempo para leitura e apreciação do presente trabalho.

"Justo e honrado é o homem que mede
seus direitos com a mesma régua
de seus deveres."

J.B. Henri Lacordaire

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo geral explicar sobre o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão de rodovias no Estado do Paraná. Face as constantes indagações levantadas em torno dos contratos firmados entre as concessionárias e o Poder Público, pretende-se demonstrar os requisitos e precauções a serem tomadas, em sintonia com a legislação vigente e a realidade econômica dos fatos no momento de se instituir cláusulas de risco e reequilíbrio econômico-financeiro destes contratos. São citados alguns dos conceitos mais significativos atinentes aos contratos administrativos, especificamente aos contratos de concessão. Aborda-se o tema equilíbrio econômico financeiro, desde o seu histórico advindo do direito francês, seu conceito, as causas que ensejam o reequilíbrio em caso de desestabilização, bem como as formas de sua recomposição. Adiante, adentra-se nos contratos de concessão do Estado do Paraná, sua natureza jurídica como um contrato administrativo, e a forma como ocorre a repartição de riscos entre o poder concedente e o concessionário para que a equação financeira dos contratos seja equitativa. Por fim, abordam-se os mecanismos necessários para a recomposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão de rodovias no Estado do Paraná, no qual são previstos os meios pelo qual é possível restabelecer equilíbrio financeiro do contrato. É preciso ainda ponderar todo o processo que envolve os contratos de concessão de rodovias, desde a sua viabilização, até a sua execução e manutenção, para que os efeitos desejados quando da concessão do serviço público sejam os mais positivos possíveis.

Palavras-chave: Contrato Administrativo. Poder Público. Equilíbrio Econômico-Financeiro. Mecanismos.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	CONTRATOS.....	4
2.1	CONTRATOS EM GERAL.....	4
2.2	CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	5
2.2.1	Função Social do Contrato.....	7
2.3	CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	8
2.3.1	Supremacia da Administração Pública.....	8
2.3.2	Finalidade Pública.....	10
2.3.3	Forma Prescrita em Lei.....	11
2.3.4	Contrato de Adesão.....	12
2.3.5	Natureza Intuitu Personae.....	13
2.3.6	Cláusulas Exorbitantes.....	14
3	CONCESSÃO.....	17
3.1	CONTRATOS DE CONCESSÃO COMUM.....	17
3.2	CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	18
3.2.1	Licitação na Concessão de Serviço Público.....	19
3.2.2	Concessão de Obras Públicas.....	21
3.2.3	Concessão de Bens Públicos.....	22
3.3	PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	23
3.3.1	Concessão Administrativa.....	24
3.3.2	Concessão Patrocinada.....	25
4	EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO.....	27
4.1	HISTÓRICO.....	28
4.2	CONCEITO.....	29
4.3	CAUSAS QUE AUTORIZAM O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO.....	31
4.3.1	Fato da Administração.....	31
4.3.2	Fato do Príncipe.....	32
4.3.3	Teoria da Imprevisão.....	33
4.3.4	Alterações Unilaterais.....	34
4.3.5	Correção Monetária e Reajustamento de Preços.....	35
4.4	FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO.....	36
5	EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DO ESTADO DO PARANÁ.....	40
5.1	PROGRAMA DE CONCESSÕES DO ESTADO DO PARANÁ.....	40
5.2	NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS DO ESTADO DO PARANÁ.....	43
5.3	REPARTIÇÃO DE RISCO.....	44
5.4	MECANISMOS DE REEQUILÍBRIO.....	48
5.4.1	Revisão de preços.....	49
5.4.3	Prorrogação do Prazo Contratual.....	51
5.4.4	Aporte de Recursos Públicos.....	53
5.4.5	Alteração de Encargos Contratuais.....	54
6	CONCLUSÃO.....	55
7	REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho remete ao estudo do Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias no Estado do Paraná. Para isto, se traz à lume observações pertinentes aos contratos em geral, para na sequência adentrar-se nos contratos administrativos propriamente ditos, suas principais características, como a supremacia da administração pública, finalidade pública, forma prescrita em lei, contrato de adesão, natureza *intuitu personae* e as cláusulas exorbitantes.

O problema a ser analisado consiste nos mecanismos de reequilíbrio da equação econômico financeiro estabelecido nos Contratos de Concessão de Rodovias do Estado do Paraná.

A atual conjectura econômica, a necessidade de cristalização dos fatos e o papel do Estado nos contratos administrativos, mostram a necessidade de um estudo mais apurado do panorama que circunda os contratos de concessão de rodovias.

A razão maior para a execução do presente trabalho é a relevância do assunto proposto, o poder discricionário do Estado, o alcance de sua legitimação, bem como seu domínio no âmbito público e econômico. Todas estas considerações são de suma importância para que se restabeleça uma política de concessão condizente. Afinal quais as regras devem ser observadas para a manutenção do Equilíbrio Econômico Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias?

É fundamental abordar o fato de que nos contratos de concessão de rodovias, bem como de qualquer outro serviço público, a cláusula que prevê o equilíbrio econômico financeiro é fundamental, ajustando-se aos interesses econômicos e financeiros entre Poder Concedente e o Concessionário. E mais, por se tratar de cláusula essencial, destinada a restabelecer o equilíbrio em caso de quebra do mesmo, deve-se dispensar cuidado à importância e a forma como se dá esta equação.

Neste diapasão, este trabalho vem demonstrar o papel do Poder Concedente (Estado) no Equilíbrio Econômico Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias e no reequilíbrio econômico do mesmo, quando for necessário.

Desta forma, foram traçados os seguintes objetivos específicos: analisar fundamentos doutrinários acerca da concessão pública; demonstrar os fundamentos legais aplicáveis; estabelecer vínculo entre a correta aplicação de método de cálculo e o equilíbrio econômico financeiro que se busca nos contratos de concessão pública; validar as medidas que ensejam o próprio reequilíbrio; reconhecer medidas alternativas, para o repasse ao usuário, em caso de necessidade de reequilíbrio econômico financeiro.

Para tanto, primeiramente serão abordados os contratos em geral, com um breve comentário acerca dos contratos comuns e posterior aprofundamento nos contratos dito administrativos.

Em seguida será analisada a concessão em seu conceito puro, podendo ser dividida em concessão de obras públicas e concessão de serviços públicos, seu funcionamento e enquadramento legal para utilização por parte do Poder Público, no caso o Concedente desta relação contratual. Serão também apresentadas as PPP's – Parcerias Público Privadas divididas em concessão administrativa, que são aquelas concessões utilizadas diretamente pela Administração Pública e as concessões patrocinadas, aquela pela qual a remuneração é complementada através de aporte regular de recurso orçamentário.

Serão expostos conceitos como: fato da administração, fato do príncipe, teoria da imprevisão e alterações unilaterais, para explicar algumas causas que autorizam a reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

E finalmente, chegar-se-á ao equilíbrio econômico financeiro nos contratos de concessão no Estado do Paraná, sua natureza jurídica, repartição dos riscos de investimento, bem como os mecanismos a serem utilizados para sua recomposição em caso de desequilíbrio.

Para o desenvolvimento e elaboração do presente trabalho foram utilizadas como metodologia pesquisas bibliográficas, consulta à jurisprudência, relatórios dos órgãos responsáveis pela administração dos contratos de concessão de rodovias como o DER – Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná, e relatórios do TCU – Tribunal de Contas da União.

Ressalta-se que o presente estudo não se exaure nestas páginas, sendo objeto de constante dinâmica por conta da sua relação com a realidade econômica e de reflexo futuro e por se tratarem de contratos tão longos.

2 CONTRATOS

2.1 CONTRATOS EM GERAL

Contrato tem a concepção de compromisso, de vontade das partes para se chegar a um objetivo comum. Atenta-se ao fato de que contrato é uma relação jurídica, sendo assim, regida por normas legais e princípios. De acordo com Hely Lopes Meirelles (2014, p.229):

Contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam as prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens.

Para a existência do contrato faz-se necessário alguns elementos como capacidade jurídica, autonomia da vontade e livre consentimento. Sendo um negócio jurídico, os elementos objeto jurídico e forma prescrita ou não vedada em lei, devem se fazer presentes justamente porque se busca um pacto social com a segurança e a força da lei, criando-se assim, direitos e obrigações aos pactuantes. Conforme Claudio Cairo Gonçalves (2007, pág.91), a palavra “contrato”, vem do latim “*contractus*”¹, onde temos a sílaba “com”, que significa *junto de*, e “*tractus*”, que se traduz como trato ou acordo, isto no sentido de fidelidade.

Assevera-se que um dos fundamentos legais do contrato diz respeito à liberdade de contratar, delimitada pelo artigo 421 da Lei 10.406/2002, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

É de fácil visualização que a liberdade de contratar do agente deve atender à função social do contrato em si. Tal proposição é necessária, justamente para que seja atenuado o individualismo, que desde a época do Direito Romano impregna o sistema jurídico.

¹ Contractus é uma palavra em latim que significa contrato.

2.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

O contrato administrativo, também chamado por muitos doutrinadores como Contrato Público, surgiu com a necessidade do Estado de gerir bens e serviços, de forma a atender o bem da coletividade com diretrizes da Administração Pública.

Em sua essência tem os mesmos moldes do contrato dentro do direito privado, porém, diferentemente da área privada, o contrato administrativo, tem limitações quanto ao seu cerne e condições legais. Por outro lado, a Administração Pública deterá certas vantagens na formação e alterações de cláusulas contratuais em nome do interesse público, inclusive, com a prerrogativa de rescindir o contrato ainda que não exista previsão em lei. Desta forma expõe Hely Lopes Meirelles (2014, p.233).

[...] 1.2.2.1 Alteração e rescisão unilaterais: o poder de alteração e rescisão unilaterais do contrato administrativo é inerente à Administração, pelo que podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual.

A Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, traz o conceito legal de contrato administrativo em seu art. 2º, parágrafo Único:

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo, e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Outra característica peculiar e muito importante é a necessidade de se haver uma prévia licitação, sendo que apenas em poucos casos é possível a não utilização deste instituto (conforme previsto na lei 8.666/93, especialmente os arts. 17, 24 e 25). A União, os Estados, o Distrito Federal, e os Municípios têm a competência para legislar sobre licitação, atentando-se ao fato de que cabe privativamente a União editar normas gerais sobre a matéria.

De acordo com o art. 22, XXVII, da Constituição Federal:

Compete privativamente à União legislar sobre: 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;

A preeminência que a Administração Pública tem quando do pacto de um contrato, traz ainda mais distinção em comparação ao contrato privado. Tal prerrogativa fornece privilégios incomuns como, por exemplo, impor cláusulas exorbitantes. Desta forma, fica clara a relevância do interesse público. Ademais Hely Lopes Meirelles (2014, p.231) leciona:

Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público, que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público, estão sempre presentes em quaisquer contratos de Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa. É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*², sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo. (grifo do autor)

Com relação à natureza jurídica dos contratos, Fabio Nadal (2013, p. 176-177), descreve três correntes doutrinárias, “A primeira nega a existência de contratos administrativos” que, em sua essência, não se distinguiriam dos contratos de direito privado; a segunda tem o entendimento de que “todos os contratos celebrados pela Administração Pública são contratos administrativos, [...] o que não existe são contratos de direito privado entabulados pela administração pública”, pois nestes contratos não se utiliza das prerrogativas do regime jurídico administrativo e; a terceira corrente “admite a existência dos contratos administrativos, com características próprias que o distinguem do contrato de direito privado”.

Para Hely Lopes Meireles (2014, p.229), “o contrato privado é o celebrado entre particulares sob a égide do Direito Privado, em que prevalece a igualdade jurídica entre as partes e, via de regra, a informalidade”.

Na sequência, o mesmo autor (2014, p.229), define o contrato público como aquele “firmado entre Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do Direito Privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público”.

² Publicae utilitatis causa: termo em latim que significa, em nome do direito público.

Ainda, expõe a importância do papel do Poder Público no contrato administrativo em si, “no contrato administrativo típico a Administração só realiza quando dele participa como Poder Público, derrogando normas do Direito Privado e agindo sobre a égide do Direito Público”. (2014, p.230)

A Administração Pública cabe então o dever de tutelar pelos contratos públicos, sendo atuante não somente na elaboração, mas também na sua execução e consequente administração.

2.2.1 Função Social do Contrato

Desde a Constituição de 1988, houve relevante preocupação com a função social do contrato. O artigo 170 deste diploma traz à lume considerações acerca da ordem econômica conciliando-a com a justiça social, conforme se mostra:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Sendo o contrato um documento de ordem econômica, fica claro que deve ser respeitado o que versa o citado artigo, como o livre exercício de qualquer atividade econômica bem como o uso da propriedade observando-se a sua função social.

Neste mesmo sentido, conforme já exposto, o Código Civil de 2002, em consonância com nossa Constituição Federal, traz em seu artigo 421 a relevância da à função social do contrato para se exercer a liberdade de contratar. Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.25):

A função social do contrato constitui, assim, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.

Reforça-se, então, que o intuito do Estado ao disciplinar os contratos é tutelar não só o direito de cada indivíduo, mas também os interesses da coletividade,

suplantando-se o individualismo. Sendo assim, os contratos devem cumprir também seu papel dentro deste panorama jurídico social.

2.3 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

As características do contrato administrativo têm o efeito de distingui-lo do contrato de direito privado. Lúcia Valle Figueiredo (1998, p.439-442), cita dentre outras, as seguintes características dos contratos administrativos:

[...] o desnivelamento jurídico das partes; autonomia da vontade só no atinente na formação ou não do vínculo; os contratos regem-se basicamente pela cláusula *rebus sic standibus*³; a administração poderá instabilizar o vínculo unilateralmente *ius variandi*⁴; sanções pecuniárias ou rescisão; fiscalização inarredável.

Pode-se citar, também, a supremacia da administração pública, finalidade pública, forma prescrita em lei, natureza *intuitu personae*⁵, ou ainda a existência de cláusulas exorbitantes, como mais alguns dos elementos e características que diferenciam o contrato administrativo do contrato privado.

2.3.1 Supremacia da Administração Pública

O princípio da supremacia do interesse público, também chamado de princípio do interesse público, estabelece restrição à autonomia privada, em prol de interesses dito superiores, que condizem com a proteção ao direito individual e coletivo. Assim leciona Hely Lopes Meireles (2014, p.110):

Também chamado de princípio da supremacia do interesse público ou da finalidade pública, com o nome de interesse público a Lei 9.784/99 coloca-o como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública (cf. art.2º, caput), correspondendo ao “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autoridade em lei” (art. 2º, parágrafo único, II).

³ Rec sic standibus: expressão em latim que significa retornar as coisas como eram antes.

⁴ Ius variandi: expressão em latim que significa o poder de alterar o contrato unilateralmente.

⁵ Intuitu personae: expressão em latim que significa que o contrato é celebrado em função de características pessoais e relevantes do contratado.

Tal prerrogativa ainda tem como escopo a defesa do interesse público, utilizando-se de poderes dito especiais, colocando-se assim a Administração Pública em posição superior ao particular, no exercício da tutela do interesse do grupo. Para descrever o mesmo fenômeno, Alexandre Mazza (2013, p. 142), adota o termo “desigualdade jurídica”, conforme se vê:

A **supremacia do interesse público sobre o privado**, também chamada simplesmente de princípio do interesse público ou da finalidade pública, princípio implícito na atual ordem jurídica, significa que os interesses da coletividade são mais importantes que os **interesses individuais**, razão pela qual a Administração, como defensora dos interesses públicos, recebe da lei **poderes especiais** não extensivos aos particulares. A outorga dos citados poderes projeta a Administração Pública a uma **posição de superioridade** diante do particular. Trata-se de uma regra inerente a qualquer grupo social: os interesses do grupo devem prevalecer sobre os dos indivíduos que o compõem. Essa é uma condição para a própria subsistência do grupo social. Em termos práticos, cria uma **desigualdade jurídica** entre a Administração e os administrados. (grifo do autor)

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.65 e 66), “a supremacia da administração pública, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo”, isto não somente na execução de seus atos, mas também na confecção de suas normas, onde o legislador deve estar atento ao interesse público, sendo assim leciona:

Esse princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de interesse público. (grifo da autora)

Sendo assim, o direito deixa de ser uma ferramenta em prol do interesse individual, para dar lugar ao interesse público, regulando toda a administração pública.

A supremacia que a Administração Pública possui, decorre então da sua responsabilidade em prol do interesse coletivo.

2.3.2 Finalidade Pública

Este princípio, também chamado de princípio da impessoalidade por alguns doutrinadores, obriga ao administrador público que pratique atos visando à defesa do interesse da coletividade, sempre nos limites das normas. Assim textualiza Alexandre Mazza (2014, p.193):

O princípio da finalidade está definido no art. 2º, parágrafo único, II, da Lei n. 9.784/99, como o dever de “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”. Seu conteúdo obriga a Administração Pública a sempre agir, visando a defesa do interesse público primário. Em outras palavras, o princípio da finalidade proíbe o manejo das prerrogativas da função administrativa para alcançar objetivo diferente daquele definido na legislação.

Para Hely Lopes Meireles (2014, p.95), este princípio está inserido no Art. 37 da nossa Constituição Federal e, da mesma forma, coloca o ato administrativo restrito ao seu “fim legal”, ou seja, devendo seguir restritamente a finalidade da lei. Nas palavras do autor:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição/88 (art. 37, caput), mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só se pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Conforme se viu, o princípio da finalidade busca fazer com que o ato administrativo siga os ditames legais atinentes, impedindo o administrador de praticar atos em nome da administração pública, por interesse próprio. O ato administrativo deve ser impessoal. Ocorre que por vezes, o funcionário público desvia-se da finalidade, caracterizando-se então um vício, sendo então passível de punição conforme previsto no art. 2º da LAP (Lei nº 4.717/1965) que, ao elencar as causas passíveis de nulidade de um ato administrativo, estabelece “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Neste sentido ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.67) leciona:

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse

geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal.

O ato administrativo tem então o interesse da coletividade, dentro dos limites legais, e nunca deve ser usado com fins de interesse particular.

2.3.3 Forma Prescrita em Lei

Os contratos celebrados pela Administração Pública devem seguir estritamente a forma e a norma prescrita em lei. Isto traz benefícios não somente ao particular, mas também à própria Administração, no sentido de que se exercite o controle legal dos contratos. De acordo com Alexandre Mazza (2014, p. 150) é necessário que se respeite a vontade da lei:

Inerente ao Estado de Direito, o princípio da legalidade representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular. O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a vontade da lei. [...] O princípio da legalidade é o mais importante princípio específico do Direito Administrativo. Dele derivam vários outros, tais como: finalidade, razoabilidade, isonomia e proporcionalidade. CONCEITO: A Administração Pública só pode praticar as condutas autorizadas em lei. (grifo do autor)

Assim, conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2014, p.91): “As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos”.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.65), este princípio tem ligação com o sentido de respeito não só as normas legais, mas também aos direitos do cidadão. Tanto é assim que não somente o artigo 37 da nossa Carta Magna, como também o art. 5º, II e XXXV da Constituição Federal o mencionam, com expressa previsão de apreciação judiciária em assunto envolvendo a própria Administração Pública, quando esta incorrer em ilegalidade. Nas palavras da autora:

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo

preceito de Constituições anteriores, estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei. A observância do referido preceito constitucional é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, em decorrência do qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", ainda que a mesma decorra de ato da Administração.

Este princípio tem liames constitucionais, e tem como escopo limitar a atividade administrativa aos limites impostos pela lei, neste sentido, o ato da Administração sempre deve estar em conformidade com a legislação vigente.

2.3.4 Contrato de Adesão

O contrato negociado, ou ainda chamado de paritário por muitos doutrinadores - que é aquele em que as partes discutem seu conteúdo - envolve sempre o comum acordo, sendo redigido conforme a vontade das partes.

Já os contratos de adesão são aqueles em que, diferentemente dos contratos paritários, as cláusulas são predispostas, advindo do ordenamento jurídico ou ainda de uma das partes, cabendo à outra parte somente a aceitação dos termos regidos. Veja-se o que diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.279):

Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando as condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração. Essa ideia se confirma com a norma do artigo 40, § 2º, da Lei nº 8. 666, segundo a qual, dentre os anexos do edital da licitação, deve constar necessariamente "a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor"; com isto, fica a minuta do contrato sujeita ao princípio da vinculação ao edital.

Em suma, não há posição de igualdade, as partes não compactuam do teor do contrato em comum acordo, não havendo liberdade para tal. Fica claro então, que neste tipo de contrato a autonomia é limitada. Neste sentido Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.100) leciona:

No contrato de adesão deparamo-nos com uma restrição mais extensa ao tradicional princípio da autonomia da vontade. Normalmente, vamos encontrá-los nos casos de estado de oferta permanente, **seja por parte de grandes empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos** ou ainda titulares de um monopólio de direito de fato (fornecimento de água, gás, eletricidade, linha telefônica), seja por parte de lojas e empresas comerciais ou de prestadoras de serviços, envolvendo relações de consumo (transporte, venda de mercadorias em geral, expostas ao público). (**grifo nosso**)

Assim, o contrato de adesão tem cláusulas mais restritas e não negociáveis, cabe ao interessado de uma licitação por exemplo, aceitar ou não os termos conferidos em determinada oferta.

2.3.5 Natureza *Intuitu Personae*

A natureza *intuitu personae*⁶, é característica relevante dos contratos administrativos. Quer dizer que o contrato é compactuado em razão das condições relevantes e pessoais do contratado, tido como característica de personalidade destes contratos.

Um contrato cuja existência necessariamente passa por um processo licitatório, sempre será *intuitu personae*. Aquele que for escolhido por se adequar à necessidade da Administração Pública naquele momento não pode ser substituído, sobre pena de extinção do contrato. Por esta razão, via de regra, a subcontratação não é permitida sendo, portanto, passível de motivo de rescisão, conforme art. 78 da Lei 8.666/93.

Deve-se atentar ao que leciona Maria Sylvia Zanella de Pietro (2014, p.280):

Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666/93, no artigo 78, VI, veda a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital da licitação e no contrato. Além disso, é vedada a fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução do contrato. Note-se que o artigo 72 permite a subcontratação parcial nos limites admitidos pela Administração; tem-se que conjugar essa norma com a do artigo 78, VI, para entender-se que a medida só é possível se admitida no edital e no

⁶ *Intuitu Personae*: expressão em latim que significa que o contrato é celebrado em função de características pessoais e relevantes do contratado

contrato. Todas essas medidas constituem motivo para rescisão unilateral do contrato (art. 78, VI) , sujeitando, ainda, o contratado, às sanções administrativas previstas no artigo 87 e às consequências assinaladas no artigo 80. (grifo do autor)

Esta característica do contrato administrativo tem como escopo a total personalização do contratado, uma vez que o interessado pela licitação tenha sua proposta aceita, assim o é justamente por conta das particularidades oferecidas por ele.

2.3.6 Cláusulas Exorbitantes

Uma das principais características do contrato administrativo diz respeito à presença das Cláusulas Exorbitantes ou Derrogatórias, não utilizadas nos contratos privados justamente pela sua natureza e por extrapolar o que seria de uso comum dos contratos privados. As cláusulas exorbitantes geram a Administração Pública privilégios fundamentados no artigo nº 58 da Lei 8.666/93, cita-se:

O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelamento administrativo de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

A alteração unilateral mencionada em citado artigo, é reconhecida como uma cláusula exorbitante dentro dos contratos administrativos, muito embora os doutrinadores salientem que não seja permitido à Administração Pública alterar contratos arbitrariamente. Assim, apesar do brocardo da “*pacta sun servanda*”⁷ também ser seguida pelo Estado, existe a possibilidade de tal imposição de alterações ser feita justamente por sua condição de supremacia no contrato.

⁷ Pacta sun servanda: expressão em latim que significa que os pactos devem ser respeitados.

Deve-se pensar sempre, neste caso, no interesse coletivo, pois através desta prerrogativa se faz possível sua defesa pelo Estado. Conforme ensina Maria Sylvia Zanella de Pietro (2014, p.280):

São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.

Tais possíveis alterações devem ser pautadas dentro das normas legais e de boa-fé, como por exemplo, na hipótese de fatos supervenientes ou até mesmo a adequação do contrato a uma nova realidade econômico-financeira, que pode inclusive ocorrer nos contratos de concessão.

O Estado tem o dever de fiscalizar o bom andamento dos contratos, analisar a esfera econômica e fática, além da aplicabilidade do que foi pactuado quando da assinatura do acordado. Sendo assim, em caso de motivação mais forte, impõe-se à Administração Pública intervir na própria gestão da empresa.

Ao se falar em alteração nos contratos administrativos deve-se ter a acuidade de observar o disposto no artigo 65 da lei 8.666/93:

Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: [...] II - por acordo das partes: [...] II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

E, ainda, nas alterações contratuais em que se configure algum tipo de especificação como na qualidade ou quantidade, devem ser respeitados os preceitos do art. 65, §1º da lei 8.666/93, conforme exposto acima.

Com relação a este presente subtítulo, se faz interessante e cabível expor as palavras da Professora Alice Gonzalez Borges (2007, p.04), acerca do assunto cláusula exorbitante e equilíbrio econômico-financeiro:

Entre tais cláusulas exorbitantes, sempre repetíamos a lição de BÉNOIT, e de GEORGES VEDEL, no sentido de que a mais exorbitante, a mais incomum, era a da preservação do equilíbrio econômico-financeiro inicial dos ajustes, em favor do contratado. (grifo do autor)

Neste sentido então, a finalidade social que um contrato deve ter, seja em um contrato privado ou administrativo, não pode ser deixada de lado. Observa-se

nas palavras acima expostas da Professora Alice Borges, que o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato tem também fins de ajuste em favor do contratado.

Hely Lopes Meirelles (2014, p. 233) em brilhante exposição conceitua cláusula exorbitante da seguinte maneira:

Cláusulas Exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.

Novamente se faz presente à acuidade do Estado em, de um modo geral, através de seus atos, conceder o melhor atendimento possível do interesse do coletivo, mesmo sendo numa cláusula exorbitante do contrato.

3 CONCESSÃO

No sentido estrito da palavra, concessão conforme o dicionário Houaiss de Língua Portuguesa, significa o ato ou efeito de conceder, é um consentimento, uma permissão. No âmbito jurídico administrativo, mais especificamente em seus contratos, pode ser utilizado, por exemplo, para a delegação da execução de obra pública, utilização de bem público, para moradia, comercialmente, explorando jazidas, prestação de serviços acompanhado ou não de execução de obras, entre outros.

3.1 CONTRATOS DE CONCESSÃO COMUM

A Concessão Comum está prevista na Lei 8.987/1995 e tem como escopo a transferência da execução de um serviço público pelo Estado a pessoa jurídica ou até em alguns casos, consórcios de empresas.

É importante salientar que para a existência deste tipo de contrato se faz necessária, para atender ao princípio da impessoalidade, a ocorrência de licitação prévia, respeitando-se aos requisitos atinentes a área específica de atuação. Conforme Mateus Carvalho (2015, p.619 e 620), além da Concessão simples, que é aquela onde há a transferência da execução do serviço público apenas, a Concessão precedida de obra, na qual o particular executa a obra e mais tarde tem permissão para explorá-la:

Ressalte-se, ainda, que a concessão comum (regulamentada pela lei 8.987/95) pode ser dividida em duas espécies, a saber: a) Concessão simples: são contratos cujo objeto se resume à transferência da execução do serviço público para o particular, que o executará por sua conta e risco mediante cobrança de tarifas dos usuários; b) Concessão precedida de obra: trata-se de contratos de concessão nos quais o ente público determina ao particular que realize uma obra pública de relevância para a sociedade e indispensável à prestação do serviço público delegado. Nestes casos, o particular deverá executar a obra às suas expensas, sendo remunerado, posteriormente, pela exploração do serviço decorrente da obra. Imagine-se, a título de exemplo, que determinado estado contrata uma empresa privada para construção da linha de metrô da sua capital. Neste caso, a empresa ficará responsável pela execução da obra e, em contrapartida, poderá explorar o serviço de metrô durante prazo determinado no contrato, de forma a se remunerar pelos gastos efetivados e obter o lucro da atividade.

Esta modalidade de contrato permite ao Concessionário a cobrança de tarifa pelo usuário, como contraprestação do serviço público fornecido, sendo desta forma, a princípio desnecessário um apoio financeiro regular da Administração Pública.

3.2 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Embora a técnica de Concessão de Serviços Públicos, já fosse utilizada anteriormente nas concessões dos setores elétrico, ferroviário e portuário, ganhou força com o advento da Lei nº 8.987/95 e da Lei 9.074/95. Estas leis deram maior atenção ao contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública. Mateus Carvalho (2015, p.560 e 561) leciona:

IV - Contrato de concessão de serviços públicos: trata-se de contratação regulamentada pela lei 8.987/95, por meio da qual a Administração transfere, mediante procedimento licitatório na modalidade concorrência, a prestação de um determinado serviço público ao particular que deverá prestá-lo por sua conta e risco, por prazo determinado, mediante a remuneração por meio de cobrança de tarifas dos usuários do serviço. Com efeito, no contrato de concessão de serviços públicos, a empresa concessionária não é remunerada por preço fixado ao poder público, mas sim por meio da exploração do próprio serviço a ela concedido. A concessão de serviço público poderá ser simples, ou precedida de obra. De fato, os contratos de concessão de serviços públicos precedidos de obra são firmados quando o poder público transfere ao particular a execução de determinado serviço público, mediante concorrência, sendo indispensável a previa execução de obra, reforma ou construção para possibilitar a prestação deste serviço. Neste caso, a empresa concessionária executa a obra, por sua conta e risco, sendo-lhe transferida, posteriormente, a possibilidade de explorar o serviço decorrente da obra executada, como forma de remuneração.

O autor ainda comenta que a Lei 11.079/04, que será novamente mencionada adiante, além de normatizar as regras gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, também criou duas novas espécies de concessão:

Ademais, a lei 11.079/04 criou duas novas espécies de concessões de serviços públicos, designadas, pela própria lei, como Parceria Público-Privada. Tais parcerias se dividem em duas novas espécies de ajustes, quais sejam a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Em breve explanação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.301), comenta acerca de como ocorre a remuneração básica do contrato de concessão de serviço público, bem como que tal remuneração decorre da própria exploração do serviço:

[...] concessão de serviço público, em sua forma tradicional, disciplinada pela Lei nº 8.987 /95; a remuneração básica decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço; [...]

É importante dizer que a concessão de serviço público, pela Administração Pública, visa o melhor atendimento as necessidades de interesse coletivo.

3.2.1 Licitação na Concessão de Serviço Público

Como já dito antes, os contratos administrativos, salvo alguns casos expressamente previstos em Lei, devem ser precedidos por licitação, inclusive aos de concessão de serviço público, conforme o que estabelece o artigo 175 da Constituição Federal.

A concessão de serviços públicos é regulada pela Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos administrativos) também pela Lei 8987/95 que em seu art. 14 da dispõe que:

Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Irene Patrícia Nohara, (2014, p.498), comenta acerca do assunto:

O capítulo V da lei contempla regras sobre a licitação para a delegação de serviços públicos. Seguindo a orientação do art. 175 da Constituição, que determina que a concessão e a permissão de serviços públicos são feitas “sempre através de licitação”, o art. 14 da lei estabelece que **toda** concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, **será objeto de prévia licitação**, nos termos da legislação própria (Lei nº 8.666/93, com alterações subsequentes) e com observância dos princípios específicos da licitação. (grifo do autor)

A concessão de serviços públicos, conforme dispõe o artigo 16 da mesma Lei “não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada”, o que significa que mais de um Concessionário poderá explorar uma mesma atividade.

A licitação da concessão de serviços públicos, precedida ou não de obra pública, será realizada na modalidade de concorrência (conforme dispõe o art. 2º, I e II da Lei 8.987/95), definida pelo art. 22, § 1º da Lei 8.666/93 como “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”. Poderão participar da Licitação para concessão de serviços públicos pessoas jurídicas ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para seu desempenho (art. 2º, I e II da Lei 8.987/95).

O art. 15 da Lei 8.987/1995 estabelece quais os tipos de licitação, ou seja, os critérios de escolha da melhor proposta, que poderão ser adotados na licitação de serviços públicos:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. § 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira. § 2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas. § 3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação. § 4º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

Para cada área em que o serviço público possa ser concedido, se faz necessário à análise de critérios estabelecidos pela Administração Pública, desta forma é necessário que se observe, quando da análise das propostas nas licitações, do citado artigo de Lei.

3.2.2 Concessão de Obras Públicas

A Concessão de obras públicas nada mais é, do que a concessão/delegação para a iniciativa privada, à execução e exploração de uma obra pública ou de interesse público, para fins de uso coletivo, tendo como contraprestação ao concessionário a tarifa, conforme Lei nº 8.987/95.

Em brilhante exposição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.132), diz que:

Concessão de Obra Pública é o contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Importante se faz mencionar que a concessão de obra pública tem como principal característica que o pagamento ao concessionário não advenha somente dos cofres públicos, mas também da própria exploração do serviço prestado. Caso contrário, poderia se dizer tratar não se de concessão de obra pública, mas sim de um contrato de empreitada.

A Lei nº 8.987/1995, “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”, transcreve-se o art. 2º, II:

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 de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

Quando no artigo 2º, inciso III, da Lei nº 8.987, fala-se em “concessão de serviço público precedida de obra pública”, quer-se dizer que o particular ou concessionário pode se utilizar comercialmente da obra construída, por exemplo, sem que obrigatoriamente se preste um serviço público. Observa-se que o mesmo dispositivo em sua parte final diz “remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”. Como exemplo deste fato pode-se citar os contratos de concessão de rodovia. Nestes, é cedida ao concessionário a exploração das rodovias, através da cobrança de tarifa. Ou seja, para tal ocorrência

não há o que se falar em prestação de serviço, e sim no uso comercial da mesma durante a vigência de contrato pré-estipulado, respeitando-se suas cláusulas.

3.2.3 Concessão de Bens Públicos

A concessão de bens públicos é também conhecida como concessão de uso por muitos doutrinadores, pois nada mais é do que o uso privativo do bem público dentro dos limites da lei. Leciona assim Mateus Carvalho (2015, p.1091):

Concessão de uso - trata-se de contrato administrativo que permite o uso de bem público de forma anormal ou privativa, usado para situações mais perenes, permanentes e que dependem de maior investimento financeiro do particular. Não é precária - por ter natureza contratual - tem prazo determinado e requer procedimento licitatório prévio, salvo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade. Por exemplo, a utilização de box em um determinado mercado municipal ou de restaurante em uma universidade pública. Conforme exposto, a concessão de uso é contrato administrativo e, como tal, segue as normas estipuladas na lei 8666/93, com a possibilidade de inserção de cláusulas exorbitantes, cobrança de garantias, entre outras regras. Como todo contrato administrativo ela pode ser rescindida antes do termo final, por motivo de interesse público, ensejando, nesses casos, direito à indenização ao particular contratado. Mais uma vez, pode ser realizada a título gratuito ou oneroso.

Salienta-se, que em alguns casos, o contrato de concessão terá duas modalidades, a que constitui o objeto principal e, a outra acessória, conforme as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.302):

Em muitos contratos, existe a conjugação de diferentes modalidades, em que uma constitui o objeto principal e, a outra, o acessório. **É o que ocorre, por exemplo, na concessão de rodovia, em que o objeto é a construção, ampliação ou reforma de obra pública, acompanhada da exploração comercial da obra para fins de remuneração do concessionário;** mas o mesmo contrato envolve, em regra, a utilização de bens do patrimônio público. Também é o que ocorre nas várias modalidades de concessão de serviço público (e vai ocorrer nas parcerias público-privadas), em que a execução do serviço depende da utilização concomitante do uso de bem público. (grifo nosso)

Neste caso o objeto principal é a construção e ampliação de rodovias, e o objeto acessório no caso é a exploração comercial da obra para a remuneração do serviço prestado.

3.3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As chamadas Parcerias Público-Privadas – PPP's, foram instituídas no Brasil através da Lei 11.079/04 (Lei de PPP Federal). Esta lei vem complementar e se harmonizar ainda, com as leis 8.666/93, Lei 8.987/95 (Concessões) e a Lei Complementar Federal nº 101/00 chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal. Através da legislação exposta, se prevê a possibilidade de o Poder Público firmar parcerias com particulares, dando-lhes garantias legais aos projetos pactuados. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2014, p.294):

Nos termos do art. 2º da Lei federal 11.079, de 30.12.2004, que instituiu normas gerais para sua contratação no âmbito da Administração Pública: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, sendo que concessão patrocinada é “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (§1º); e concessão administrativa “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (§2º). (grifo do autor)

O presente termo foi difundido no Brasil por influência europeia, especialmente de países como Inglaterra e França por exemplo. As PPP's englobam dois tipos de parcerias: a Concessão Patrocinada e a Concessão Administrada (a serem adiante abordadas).

É importante dizer que os contratos de PPP, por serem típicos do direito administrativo, terão que passar por todo o processo legal de formação e fiscalização dos ajustes de direito público, como licitação, controle da administração pública, controle pelo Tribunal de Contas, entre outros.

Embora a maioria dos serviços possam se valer de parcerias, é cediço afirmar que existe uma limitação para tal, é o que afirma o artigo 22 da Lei nº 11.079:

A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

O citado artigo traz norma cogente, que se faz necessária até pela própria função constitucional da Administração Pública, pois, caso contrário, haveria o risco de todos os serviços de ordem administrativa serem colocadas nas mãos de particulares. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.147) analisa muito bem tal situação:

Se não houvesse a limitação inserida no artigo 22 da Lei 11.079 e uma limitação natural decorrente da insuficiência de recursos financeiros para essas parcerias, poder-se-ia prever uma privatização em massa da Administração Pública e restaria a indagação: será que são desnecessárias (e, por isso mesmo, passíveis de se tornarem obsoletas) as normas constitucionais que estabelecem um regime jurídico público para a Administração Pública, exatamente para proteger o patrimônio público, a função administrativa do Estado e, acima de tudo, o interesse da coletividade?

De fato, um cenário de privatizações em massa colocaria em dúvida o papel que a Administração Pública tem de tutelar o patrimônio e o interesse da coletividade.

3.3.1 Concessão Administrativa

A Concessão Administrativa vem prevista especificamente no artigo 2º, §2º, da Lei 11.079/04: “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.302):

[...] concessão administrativa, que tem por objeto a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, podendo envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens; está disciplinada também pela Lei nº 11.079/04; nessa modalidade, a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado; [...]

Muitos doutrinadores entendem que a simples análise do citado dispositivo em si, não contempla de forma concreta o que é concessão administrativa. A concessão administrativa tem como foco a prestação de serviço por uma empresa privada de forma direta ou indireta ao Poder Público. A remuneração

da empresa se dá por meio de contraprestação administrativa, ou seja, que sai dos cofres públicos, ou através da renda da locação de alguma parte do imóvel, como uma quadra poliesportiva numa escola por exemplo. Difere-se pela possibilidade de o particular não só prestar o serviço, mas também fornecer bens de consumo ou duráveis.

3.3.2 Concessão Patrocinada

A concessão patrocinada tem como base legal o que dispõe o artigo 1º, §2º, da Lei 11.079/04 (concessões especiais, patrocinadas e administrativas), o qual especifica que tal parceria envolve a cobrança de tarifa e contraprestação pecuniária concomitantemente para remunerar o parceiro privado. Tal dispositivo também cita a Lei 8.987/95, que disciplina a concessão simples ou comum, sendo que desta, é segmentária, se diferenciando apenas no quesito da tarifa cobrada. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.149):

[...] é possível definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

Observa-se então, no que tange à concessão patrocinada, o artigo 3º, § 1º, Lei 11.079/04, que aplica de forma subsidiária a lei 8.987/95 para resolver as questões atinentes a tal concessão. E mais, conforme Di Pietro (2012, p. 149), pode-se inclusive dizer que “a concessão patrocinada rege-se pela Lei nº 8.987 em tudo o que não for derogado pela Lei nº 11.079”.

A mesma autora, em sua outra obra, *Direito Administrativo* (2014, p.302), explana sobre o mesmo assunto de forma simples como se vê a seguir:

[...] concessão patrocinada, que constitui modalidade de concessão de serviço público, instituída pela Lei nº 11.079/04, como forma de parceria público-privada; nela se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado); [...]

Mateus Carvalho (2015, p.637) também comenta o assunto:

Trata-se de contrato de concessão de serviços públicos, podendo ser precedida ou não de obra pública, no qual, adicionalmente a tarifa paga pelos usuários, há uma contraprestação do Poder Público ao parceiro privado. Sendo assim, este contrato poderá ser firmado com empresas ou consórcios privados que executarão o serviço por sua conta e risco, cobrando as tarifas pelo oferecimento da atividade e percebendo uma remuneração adicional paga pelo Poder Público concedente. A intenção desta contraprestação é a garantia da modicidade de tarifas aos usuários. Com efeito, com o pagamento de valores efetivado pelo Estado, admite-se que seja feita uma cobrança de tarifa mais módica aos usuários, sem que isso enseje uma redução no valor do lucro da contratada.

O mesmo autor explica que a contraprestação do Poder Público não pode ultrapassar 70% da remuneração do parceiro privado, somente sendo maior se houver lei específica que a estabeleça, como vemos em seu texto:

A contraprestação do Poder Público não pode ultrapassar 70%, salvo se estabelecida por lei específica, sob pena de desnaturar o caráter de concessão de serviço público. Neste sentido, dispõe o art. 10, §3º da lei 11.079/04 que as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica': Pode ser citado como exemplo um contrato de manutenção de rodovia, mediante a cobrança de pedágio aos usuários e pagamento de valores previamente definidos no contrato pelo ente público concedente.

Como exemplo cita-se o contrato de manutenção de rodovia, no qual é possível, além do pagamento do ente público, a utilização da cobrança de pedágio como forma de contraprestação em relação ao usuário da via.

O prazo, forma de pagamento, eventual cobrança de tarifa de pedágio, e até mesmo a contraprestação da Administração Pública, entre outros dados também importantes para o bom andamento do serviço contratado, serão devidamente especificados em contrato previamente firmado, conforme os trâmites legais atinentes aos contratos administrativos em geral.

4 EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

O equilíbrio econômico financeiro está previsto na Lei 8.666/93, sendo um direito que o particular tem, perante a Administração Pública de equalizar as despesas e receitas que as partes assumiram no contrato administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, pág. 282,283), comenta como tal preceito está normatizado perante a Lei 8.666/93:

Esse direito, que sempre foi reconhecido pela doutrina e jurisprudência, está agora consagrado na Lei nº 8.666/93, para a hipótese de alteração unilateral; há expressa referência ao equilíbrio econômico-financeiro no artigo 65, §§ 4º, 5º e 6º. O primeiro estabelece que, no caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição, regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados; o segundo prevê a revisão dos preços, para mais ou para menos, em caso de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais, após a apresentação das propostas e de comprovada repercussão nos preços contratados; e o terceiro determina que, em havendo a alteração unilateral do contrato, que a mente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro.

Por sua vez, Alexandre Mazza (2014, p.821) comenta que este direito do particular/concessionário também está previsto no artigo 37 da nossa Carta Magna, sendo, portanto constitucionalmente obrigatório que se mantenha e se preserve o equilíbrio do contrato administrativo, para o normal desenvolvimento da prestação de serviço por parte do contratado. Fazendo interpretação do citado artigo, o autor sustenta que:

O **art. 37, XXI, da Constituição Federal**, ao disciplinar a obrigatoriedade do procedimento licitatório, prescreve que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**”. Essa referência a “mantidas as condições efetivas da proposta” tornou obrigatória a criação de um **sistema legal de preservação da margem de lucro do contratado**, denominado **equilíbrio econômico-financeiro**. (grifo do autor)

4.1 HISTÓRICO

A equação financeira dos Contratos Administrativos, também foi prevista no direito francês, tendo vistas a coibir abuso e garantir justa renumeração aos concessionários de serviço público. Caio Tácito (1975, p.203) cita a forma como quatro autores franceses enxergam o equilíbrio econômico financeiro, Para Waline, um “direito fundamental”, segundo De Soto “norma fundamental da teoria dos contratos”, esclarece Péquignot que é o “primeiro direito original do co-contratante da Administração”, e deve ser respeitado como “elemento determinante do contrato”, conforme Laubadère. Nas palavras do mesmo autor (1975, p.212):

[...] é lícito afirmar que a concessão de serviço público se encontra sob a égide de um dogma fundamental: o da segurança do equilíbrio financeiro das relações entre concedente e concessionário. Não importa o conceito jurídico de concessão (contrato administrativo puro, ou complexo, semicontratual e semi-regulamentar), nem o fato gerador de ruptura do equilíbrio financeiro, que apenas influencia o caráter e o alcance das compensações. [...] o empresário privado, chamado a colaborar na gestão de um serviço público, não pode reger livremente o negócio. A administração tem o privilégio de modificar, coercitivamente, a parte regulamentar do serviço, inovando o caderno de encargos. Fica, no entanto, o concessionário ao abrigo da âlea administrativa (atos do poder concedente), ou da âlea econômica (atos de outras autoridades, ou causas econômicas e naturais), com o direito a ser ressarcido, total ou parcialmente, do efeito de causas ou concausas que venham inflétir, direta ou indiretamente, sobre a economia da concessão. (grifo do autor)

O conceito de equilíbrio econômico financeiro, também encontra base no direito norte-americano, o chamado “*public utility*”⁸, termo este que vai muito além da sua mera tradução, é o que Caio Tácito (1975, p.228) leciona:

[...] também no direito norte-americano, a noção do serviço público concedido (ali configurado no regime peculiar das *public utilities*) está indissolavelmente ligada à garantia da estabilidade econômico-financeira da empresa. Ao dever de prestar bom serviço corresponde o direito à justa remuneração, assegurada pela atualização de tarifas justas e razoáveis e a proteção judicial contra formas diretas, ou indiretas, de confisco do investimento, ou da sua renda.

⁸ *Public utility*: termo em inglês que significa serviço público.

Se no direito francês o equilíbrio econômico-financeiro é um direito fundamental, no direito norte-americano, está ligado ao dever de prestar bom serviço, com sua correspondente justa remuneração.

4.2 CONCEITO

No contexto dos contratos de concessão, devem citadas as palavras de Jose Múcio Monteiro, Ministro do TCU, em brilhante exposição acerca do que é equilíbrio econômico financeiro (2011, p.06):

Na valiosa lição acima aparecem como sinônimos o equilíbrio financeiro e o equilíbrio econômico, certamente por conta do corrente emprego como tal. Contudo, são conceitos distintos. Para o equilíbrio financeiro basta a observância de uma equivalência dada por uma equação matemática. Já o equilíbrio econômico requer que os parâmetros econômicos inseridos na equação sejam justos, conforme destacado no próprio texto. A referência à justa remuneração do objeto do ajuste deixa claro se tratar de um equilíbrio econômico-financeiro, tal qual define a Lei de Concessões.

A experiência vivida pela administração pública com relação aos contratos administrativos no decorrer dos últimos anos suscitou questões acerca dos contratos específicos de concessão em rodovias.

Hoje, um dos pontos fortes de proteção legal destes contratos, é a garantia do equilíbrio econômico financeiro, expressamente disposto em cláusula legal contratual. Ao se analisar tal mecanismo, se faz necessário buscar o conceito de equilíbrio no âmbito econômico, como expõe Roberto Guena de Oliveira (2001, p.25).

O conceito de equilíbrio em economia é o ponto de partida para uma fundamentação sólida do conceito de equilíbrio econômico-financeiro. A noção de equilíbrio é emprestada da física e significa o estado de um sistema que não apresenta nenhuma tendência interna de mudança, um estado em que toda mudança só pode ser consequência de uma perturbação externa.

O que se quer dizer então é que possíveis alterações que se façam em um contrato por conta do equilíbrio econômico, se darão por fatores externos, como o próprio cenário econômico ou até mesmo por fato imprevisível.

O objetivo do equilíbrio econômico é dar forma perfeita para cada um dos envolvidos num contrato, o fator custo/benefício deve estar equalizado para ambas as partes. Implica, em última análise, em um equilíbrio entre os benefícios e os custos contratuais.

Esta relação, estabelecida quando da celebração do contrato, obrigatoriamente será mantida de forma equilibrada durante toda sua duração. Desta forma, evita-se que o particular contratante sofra perdas excessivas nos seus rendimentos ou ainda que aufera benefícios não previstos quando da assinatura do ajuste. Marçal Justen Filho (2014, p.544), fala do alcance do equilíbrio econômico financeiro nos contratos de concessão:

A equação econômico-financeira abrange todos os aspectos econômicos relevantes para a execução da prestação das partes. Isso compreende não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir.

Conforme Dr. Jose Roberto Ferreira Savóia (2012, p.08), o equilíbrio econômico-financeiro se dá da seguinte forma:

O equilíbrio econômico-financeiro pode ser dado, então, como uma relação entre receitas e despesas, trazidos a valor presente por uma taxa de desconto que iguale os fluxos de saídas e entradas, observados os parâmetros econômicos, regulatórios e aqueles concernentes ao contrato. Deve-se considerar, também, que a comparação entre TIR e custo do capital pode ser um indicador do equilíbrio econômico-financeiro de um projeto.

A Taxa Interna de Retorno é um modelo de análise de investimento, e procura reunir em um único número, através de variantes do fluxo de caixa interna, o poder de decisão sobre determinado projeto. Nas palavras de Edson Carlos Chênço, (2009, p. 122)

A TIR é a taxa de juros que torna o valor presente das entradas de caixa igual ao valor do presente das saídas de caixa do investimento. Isso quer dizer que a TIR é a taxa que zera o seu investimento. É uma taxa tal que, se utilizada, fará com que o lucro do seu projeto seja nulo.

Roger Oldcorn (1998, p. 94) salienta:

É mais comum expressar o retorno de um projeto de investimento usando a taxa de retorno interna, que corresponde a taxa de juros com que o valor atual líquido é igual a zero, ou seja, a soma dos fluxos de caixa esperados em valores atuais, é igual ao capital inicialmente investido.

Caracteriza-se então, como uma taxa de remuneração do capital investido, servindo como parâmetro na avaliação de riscos de um investimento.

4.3 CAUSAS QUE AUTORIZAM O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO.

A doutrina admite que o Reequilíbrio Econômico Financeiro dos contratos de concessão, seja permitido nas hipóteses de ocorrência de fato da administração, fato do príncipe, fatos imprevistos ou, ainda, diante de alterações unilaterais nos contratos operadas pela Administração Públicas.

4.3.1 Fato da Administração

O fato da administração é um risco administrativo extraordinário, no qual a administração pública realiza um ato específico, ou ainda se omite numa conduta com relação ao contrato administrativo, impactando diretamente a execução do contrato. Este fato acarreta ao Contratado uma dificuldade maior ou mesmo a impossibilidade de cumprir os termos do que foi pactuado. Leciona Mateus Carvalho, (2015, p.545):

Fato da administração: o desequilíbrio contratual é causado por uma atuação específica da Administração que incide sobre o contrato e impede a sua execução. Com efeito, o Poder Público atua, no bojo da relação contratual, causando desequilíbrio na avença firmada.

É importante salientar que o fato da administração se diferencia do fato do príncipe, justamente porque aquele é específico, atinge diretamente o contrato, já este se trata de um fato de âmbito maior, atingindo o todo, assim conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2014, p. 293), explana:

O fato da Administração distingue-se do fato do príncipe, pois, enquanto o primeiro se relaciona diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como "parte" no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato.

A diferenciação entre os dois fatos, se faz necessária, não somente pela sua distinção conceitual, mas principalmente na forma como tais fatos impactam no contrato de concessão, caso ocorram.

4.3.2 Fato do Príncipe

É um evento ou acontecimento que ocorre externamente ao contrato, e provém de manifestação do Estado. Doutrinadores como Maria Zanella Di Pietro (2014, p.292), entende que o fato do príncipe, além de ser “uma medida de ordem geral”, não tem ligação direta com o contrato administrativo, mas que, no entanto, repercute nele provocando desequilíbrio econômico financeiro.

Já Hely Lopes Meirelles (2014, p.260) conceitua da seguinte forma: “Fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo”.

Por sua vez, Mateus Carvalho (2015, p.545), ao falar sobre o fato do príncipe, enfoca o desequilíbrio econômico contratual que pode eventualmente surgir, sendo de responsabilidade do poder público, a busca pelo reequilíbrio:

Fato do príncipe: o desequilíbrio contratual também é causado pelo poder público e, por esta atuação, haverá necessidade de recomposição do preço. Ocorre que, neste caso, há uma atuação extracontratual (geral e abstrata) do ente estatal que termina por atingir diretamente a relação contratual.

Observa-se, então, que os respeitados doutrinadores têm a mesma visão com relação a onerosidade causada pelo fato do príncipe. Sendo assim, se alinham no sentido de que tal fato advém de um ato externo que de alguma forma impacta no contrato.

Esta situação pode ser considerada como álea, ou em outras palavras, como risco q acarreta a onerosidade do contrato, se comprovado que o particular/concessionário no caso de contratos de concessão, esteja em prejuízo.

Atenta-se que o fato do príncipe não é um ato da administração pública como parte concedente no contrato, pois daí se constituiria como um fato da administração, mas é um ato do Estado de forma externa.

Nesta mesma seara, se faz necessário atentar aos comentários de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.292) com relação à esfera do governo de onde surgiu o fato:

No direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios), se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão.

O fato do príncipe está previsto no Art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, e no art. 5º, III, da Lei nº 11.079/04, o qual disciplina as parceiras público-privadas.

4.3.3 Teoria da Imprevisão

A Teoria da Imprevisão diz respeito a fatos de ordem material, que no momento da celebração do contrato administrativo poderiam existir, mas que eram desconhecidos pelas partes. Tais fatos, num cenário econômico e político cada vez mais dinâmico, podem ocorrer no curso/decorrer do contrato, ensejando-se desta forma compensação financeira.

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles (2014, p.262) salienta que, muito embora fato imprevisto constitua dificuldade e/ou onerosidade, não se faz necessária a rescisão do contrato, mas sim ajustes a serem efetuados de forma bilateral como, por exemplo, no prazo do contrato e sobre valores:

O fundamento jurídico para a recomposição de preços e dilação de prazos é de que na comum intenção das partes, na celebração do contrato, não foram cogitadas as dificuldades, nem computados os custos extraordinários que nova situação impõe.

As interferências imprevisíveis, não impedem a execução do contrato, sendo possível, conforme visto se utilizar de mecanismo para suprir a dificuldade que possa advir do fato imprevisto, como a recomposição dos preços, ou ainda a dilação dos prazos.

4.3.4 Alterações Unilaterais

O contrato administrativo tem atributos que o diferenciam dos contratos particulares e a alteração unilateral de uma ou mais cláusulas contratuais, visando o interesse público é uma delas. A Administração Pública tem o poder para tal, conforme leciona Mateus Carvalho, (2015, p.533).

Para adequar as disposições contratuais, na busca incessante pelo interesse público, o Estado contratante pode modificar a avença, independentemente do consentimento da outra parte, desde que não prejudique o contratado e desde que a modificação seja feita nos limites previamente estipulados pela lei. Sendo assim, não pode haver alteração que atinja o equilíbrio econômico financeiro do contrato ou que modifique a natureza do objeto que foi explicitado no edital do procedimento licitatório.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Melo (2007, p.684, apud Di Pietro, 2014, p.264), “as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum”.

Vale dizer, que não é toda e qualquer cláusula que pode ser alterada por ato unilateral pela Administração Pública. Existem requisitos a serem seguidos justamente em respeito à integridade do contrato administrativo e segurança do particular. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.308) expõe sobre o assunto:

[...] o concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do empreendimento; ele faz jus ao recebimento da remuneração, ao equilíbrio econômico da concessão, e à inalterabilidade do objeto; vale dizer que o poder público pode introduzir alterações unilaterais no contrato, mas tem que respeitar o seu objeto e assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aumentando a tarifa ou compensando pecuniariamente o concessionário;

A mesma autora (2014, p.264) sustenta que, enquanto os contratos particulares estão adstritos ao princípio do “*pacta sun servanda*”⁹, o contrato administrativo está sujeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Sendo assim, não pode se prender a cláusulas inalteráveis.

Quanto ao princípio da força obrigatória das convenções (*pacta sun servanda*), seria também desrespeitado no contrato administrativo, em decorrência da mutabilidade das cláusulas regulamentares, que permite à

⁹ Pacta sun servanda – palavra em latim que significa: os pactos devem ser respeitados.

Administração fazer alterações unilaterais no contrato. A autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia sujeitar-se a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado.

É certo que a Administração Pública goza de supremacia em relação ao particular, ocorre que, como dito antes, tal prerrogativa só acontece dentro dos limites legais.

4.3.5 Correção Monetária e Reajustamento de Preços

Faz-se importante mencionar, que existem diferenças entre a cláusula de correção monetária e reajustamento de preços, previsto no art. 55, III, da Lei 8.666/93, em relação ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato. Vejamos as palavras de Mateus Carvalho (2015, p.543-544)

O art. 55, III da lei 8.666/93 define que é cláusula necessária do contrato administrativo a regulamentação acerca do preço e das formas de pagamento. Assim, além do pagamento da fatura, propriamente dita, como forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, alguns pagamentos são feitos ao particular contratado pela Administração Pública. Analisemos cada uma dessas formas de pagamento. **Correção monetária:** atualização da margem de lucro inicialmente acordada, mantendo o valor real do contrato. [...] Não se pode admitir que o desgaste da moeda implique prejuízos ao particular contratado, haja vista ter ele a garantia de manutenção do valor real previamente acordado, na proposta vencedora da licitação. [...] **Reajustamento de preços:** reajuste em face do aumento ordinário e regular do custo dos insumos necessários ao cumprimento do acordo. De fato, o reajuste tem a intenção de pagar ao particular contratado os gastos com que o mesmo terá de arcar em virtude do aumento normal dos custos do contrato, o que altera os valores que serviram de base para a composição do preço acordado. Trata-se de cláusula previamente definida no contrato administrativo e que garante o pagamento de variações previsíveis e esperadas nos preços dos insumos e nos custos, em geral, da prestação do serviço objeto da avença. (grifo nosso)

Observa-se, que tanto a correção monetária como o reajustamento de preços, são cláusulas obrigatórias prevista em Lei, constituindo forma de pagamento aos Concessionários. Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2014, p.189-190), segue o mesmo raciocínio.

O reajuste é cláusula necessária dos contratos administrativos cujo objetivo é preservar o valor do contrato em razão da inflação (arts. 55, III, e 40, XI, da Lei 8.666/1993). Em virtude da previsibilidade das oscilações

econômicas que acarretarão desequilíbrio no contrato, as partes elegem, previamente, determinado índice que atualizará automaticamente o ajuste (ex.: IGPM). O reajuste possui periodicidade anual e deve ser estipulado por “índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos” (art. 2.º, § 1.º, da Lei 10.192/2001).

Caso o reajustamento de preços não conseguir suprir, os custos como a execução do contrato de concessão, se farão necessário então à recomposição dos preços para se buscar o reequilíbrio necessário.

Recomposição de preços ou revisão de preços: quando o reajustamento de preços não consegue fazer face ao real aumento do preço dos insumos, em virtude de uma situação excepcional (não prevista no contrato), a administração Pública, como forma de reequilibrar o contrato, precisa fazer a recomposição de preços. Isso ocorre porque a previsão contratual de reajuste não foi suficiente para suprir a efetiva modificação nos custos do contrato celebrado. A necessidade de revisão contratual pode decorrer de alterações do contrato, determinadas unilateralmente pela Administração, em relação ao valor contratado, ou no que tange ao projeto previamente estabelecido, também pode ser desencadeada por alterações bilaterais, nos quais se modifique o regime de execução da obra ou serviço.

Assim fica claro que enquanto, a correção monetária e o reajustamento de preços, são cláusulas contratuais que visam a ajustar a forma de remuneração do Concessionário, a recomposição por outro lado, é uma das formas de reequilíbrio econômico-financeiro em caso de necessidade.

4.4 FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

Conforme visto, na vigência de um contrato administrativo poderão surgir ocorrências externas que vão afetar o equilíbrio financeiro anteriormente pactuado. Caso isto ocorra, se fará necessário um ajuste no contrato de forma bilateral, ou seja, entre a Administração Pública e o Concessionário. A seguir ensinamentos de Jose Roberto Ferreira Savóia (2012, p.09):

Uma vez identificado o desequilíbrio, há necessidade de equacioná-lo. Dentre as diferentes medidas aventadas para o reequilíbrio, destacam-se: (i) alteração do prazo dos contratos de concessão; (ii) reajuste nas tarifas de pedágio; (iii) indenização à concessionária, (iv) nova adequação do plano de investimentos e (V) mudanças no contrato.

O autor continua comentando o modo como as medidas que servem como alternativas devem ter relação com o equilíbrio que se almeja:

Todas as alternativas devem guardar relação com a equação econômico-financeira do equilíbrio. A maioria dos contratos e notas técnicas atuais indicam estas medidas e os parâmetros para seu cálculo. Nos contratos antigos, todavia, o parâmetro não era explícito, gerando controvérsias.

A falta de cláusulas mais elaboradas com relação ao equilíbrio econômico financeiro, trás então controvérsias desnecessárias, caso tivessem sido melhor estudadas e aplicadas, o reequilíbrio dos contratos não geraria imbróglios judiciais por exemplo.

Marçal Justen Filho (2014, p. 555), trás a lume, três “instrumentos jurídicos” para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, assim explana:

Existem três instrumentos jurídicos para a recomposição da equação econômico-financeira da contratação administrativa. São eles: a revisão de preços, o reajuste de preços, e a repactuação de preços. A revisão de preços (recomposição) consiste numa análise realizada ordinariamente ou extraordinariamente, destinada a restabelecer a relação original entre encargos e vantagens. [...] O reajuste de preços envolve uma previsão contratual de indexação da remuneração devida ao particular a um determinado índice, de modo a promover a sua alteração nominal periodicamente, de acordo com a variação do referido índice. Essas duas figuras são aplicáveis genericamente a todos os contratos administrativos. A repactuação é uma solução aplicável apenas para os contratos de serviços contínuos, que forem objeto de renovação nos termos do art. 57,II, da Lei 8.666/93, tais como serviço de limpeza e vigilância.

Para Roberto Guena Oliveira (2001, p. 68 e 69), os riscos atinentes aos contratos administrativos, principalmente os de parcerias e concessão, são altos justamente por serem longos e sujeitos a muitos fatores externos que afetam não só os custos de revisão contratual, como também a rentabilidade do negócio.

O Poder Concedente, então pode dar claras evidências de que partilhará destes riscos, reduzindo assim os custos do investimento. Como exemplo pode-se citar que ele mesmo pode ser avalista dos contratos de financiamento ou oferecer as garantias para que isto ocorra. Deve-se dar uma maior independência ao poder regulador, separando-o do poder concedente e isto pode ser feito através de mandatos fixos e orçamento próprio, tornando-o menos ligado a questões políticas.

E asinda, o Poder Concedente deve ser confiável. Um governo cuja reputação seja de baixo risco contribui para a diminuição dos custos, assim como um Poder Judiciário atuante e eficaz. A formação de um poder arbitral reconhecido

por ambas as partes para a resolução de possíveis divergências, é também medida que auxiliaria no reequilíbrio do contrato.

Deve-se ter a consciência, de que não somente as partes atuantes do contrato tem interesse no seu equilíbrio econômico financeiro. Mais do que isso, é o interesse público, que está em discussão. Marçal Justen Filho (2009, p. 747 e 748) leciona:

A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar à própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmos quando incorresse, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior.

Entretanto, ao poder concedente não se deve atribuir custos, pelo simples fato de o concessionário pleitear o reequilíbrio fundado em meras conjecturas, sem estudos apurados ou laudos técnicos devidamente baseados. É o que expõe, mais uma vez em ótima análise, Marçal Justen Filho (2009, p. 748):

Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública.

Cabe ressaltar que a própria lei 8.666/93, prevê que cláusulas contratuais, através de justificativas previamente elencadas, poderão ser alteradas, para o melhor desempenho do contrato em si. É o que mostra esta lei no artigo 65, II, d:

Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do 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.

Desta feita, o dispositivo acima elenca fatos que ensejam e motivam o reequilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, o que é de todo aplicável aos contratos de concessão de rodovias.

5 EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DO ESTADO DO PARANÁ

5.1 PROGRAMA DE CONCESSÕES DO ESTADO DO PARANÁ

Na década de 1990, a malha viária no Estado do Paraná, assim como do resto do Brasil, estava em péssimas condições. Em grande parte a responsabilidade da situação era devido à falta de investimentos públicos. Nas palavras de Rejane Karam (2007, p.104)

Em 1995, a malha rodoviária federal do Paraná totalizava 3.140 km de rodovias pavimentadas, das quais 15% apresentavam boas condições regulares, e 33% condições ruins, exigindo serviços de restauração ou reconstrução de certos trechos (PARANÁ, 1995a). Em função do processo de deterioração da malha, resultante da ausência de investimentos necessários à manutenção das rodovias e da redução da capacidade de aplicação de novos recursos na malha viária, o governo federal decide descentralizar a gestão pública do setor, através de convênios de delegação de rodovias não pertencentes ao sistema troncal do País, aos estados e municípios.

Assim, como parte do processo de desestatização vivido pelo País na década de 1990, em 25 de outubro de 1996, a União por intermédio do Ministério dos Transportes, firmou Convênio de Delegação com o Estado do Paraná, na época representado pelo Sr. Jaime Lerner, então governador do Estado, com a interveniência da Secretaria de Estado dos Transportes do Paraná.

O objeto da delegação era a administração de rodovia e exploração de trecho de rodovia federal, nos termos da Lei 9.277, de 10 de maio de 1996, e da Portaria nº 368/GM, de 11 de setembro de 1996, do Ministério dos Transportes, abrangendo o Lote 01, BR 369 com extensão de 169,20 Km, conforme cláusulas primeira e segunda do Convênio.

Ao Estado do Paraná coube então exercer a administração e a exploração da rodovia e do trecho rodoviário delegados, promovendo assim a licitação para outorga de concessão na forma da lei, sendo o DNER interveniente do Delegante, e o DER interveniente do Delegatário (Estado do Paraná). O prazo do convênio está foi fixado, na cláusula décima, em 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável na forma da lei. O Convênio conta, atualmente, com 5 (cinco) termos aditivos.

Com a transferência desta responsabilidade, o Estado do Paraná se viu obrigado a efetuar licitações, e assim firmar parcerias através de contratos de concessão de rodovias, uma vez que seria muito difícil equilibrar os investimentos necessários com os recursos públicos disponíveis. De acordo com K. Machado citado por Rejane Karam (2007, p.104):

A resposta do setor empresarial diante de nova oportunidade de negócios rentáveis foi extremamente positiva na disputa pela outorga das rodovias em concessão. Além disso, as facilidades oferecidas pelo modelo proposto permitiram a tomada de empréstimos a juros de mercado, repassados à tarifa do pedágio, o que garantiu às concessionárias não terem de efetuar investimentos significativos, comparativamente aqueles feitos pelo Estado na implementação e manutenção de toda a infraestrutura rodoviária.

Os contratos de concessão no Estado do Paraná se integram através do chamado polígono do Anel de Integração, como explana Rejane Karam (2007, p.113-114).

As rodovias que constituem o Programa de Concessões do Paraná formam um polígono chamado de Anel de Integração, que liga as principais cidades paranaenses (Ponta Grossa, Maringá, Cascavel e Guarapuava) à capital do Estado e ao Porto de Paranaguá. [...] A idealização do Anel de Integração pela equipe de governo do então governador Jaime Lerner foi sustentada pela proposta de descentralização do Estado com o intuito de oferecer uma infra-estrutura mais adequada ao interior, visando atrair indústrias e novas oportunidades de serviços para os polos regionais, situados dentro do polígono.

As concessões no Estado do Paraná, estão divididas em 7 (sete) Lotes assim divididos: Lote 1 – Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A. – ECONORTE, com extensão de 340,77 Km.; Lote 2 – Rodovias Integradas do Paraná S.A. – VIAPAR, com extensão de 545 km; Lote 3 – Rodovia das Cataratas S.A. - ECOCATARATAS, com 458,94 Km; Lote 4 – Caminhos do Mar S.A., com extensão de 405,99 Km; Lote 5 – Concessionária de Rodovias Integradas Rodonorte – RODONORTE, com 567,78 Km; Lote 6 – Concessionária ECOVIA Caminho do Mar S.A. – ECOVIA, com 175,10 Km; Lote 7 – Autopista Litoral Sul S.A., com extensão de 113,00 Km. Utilizado como fonte DER/PR. E trazemos como exemplo, o contrato de concessão de rodovias no Estado do Paraná, Lote nº 06, contrato nº 076/97, firmado com a empresa, ECOVIA Caminho do Mar S.A., em 14.11.1997.

Rejane Karam (2007, p.114) continua sua exposição, comentando acerca da forma de licitação e do método escolhido pelo Poder Público para escolha

da melhor proposta, sendo inclusive utilizada por todas as licitações do Paraná, nos contratos antigos, senão vejamos:

Em agosto de 1996 foram pré-qualificados 15 consórcios para apresentar proposta técnica e comercial dos lotes do Programa. Desses, 14 efetivamente apresentaram propostas entre 16 e 18 de julho de 1997. O resultado final do processo licitatório foi divulgado em setembro de 1997 e a assinatura dos contratos deu-se em novembro daquele ano. Os editais indicavam os locais das 26 praças de pedágio e as expectativas tarifárias a serem cobradas, ambos determinados pelo Grupo de Concessões (Gapit), que, segundo técnicos do DER/PR, teria se baseado unicamente no estudo de viabilidade anteriormente contratado. A extensão global de rodovias concedidas foi dividida em seis lotes, com prazo de exploração de 24 anos. O critério de julgamento para a definição das propostas vencedoras foi o de maior oferta. Ou seja, a empresa vencedora de cada lote foi aquela que ofertou a maior extensão de rodovias de acesso aos lotes do Programa, a serem reabilitadas e mantidas pela concessionária durante o período de contrato. A oferta corresponde ao total de 308,29 km de rodovias. Após a finalização dos trabalhos de recuperação inicial, executados nas rodovias principais no primeiro semestre de 1998, e da construção e instalação das praças de pedágio, a cobrança foi iniciada na segunda quinzena de junho de 1998.

Conforme exposto, o critério escolhido para eleger a proposta vencedora, foi a de maior extensão rodoviária abrangida, em detrimento da escolha pela menor tarifa, escolha muito criticada pelo Tribunal de Contas da União, Rejane Karam neste sentido aponta que o TCU, determinou à ANTT que “a partir da delegação de novos trechos de rodovias federais exigisse a utilização de critério de menor valor da tarifa de pedágio no julgamento das propostas de licitação”. Conforme Lei nº 10.233/01, a ANTT é uma agência reguladora, que controla as ações que envolvam a prestação de serviço de exploração de transporte que envolve terceiros.

A Resolução nº 3.651/11, de 7 de Abril de 2011, aprovou disposições importantes com relação a metodologia a ser utilizada nos contratos de concessão de rodovias federais, mesmo as que já estavam concedidas, após esta resolução, abaixo transcreve-se o Artigo 10º da citada Resolução:

Art. 10. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos a que se refere esta Resolução poderá se dar por intermédio da utilização dos seguintes meios: I - aumento ou redução do valor da Tarifa Básica de pedágio; II - prorrogação do contrato de concessão; III - pagamento à concessionária, pelo Poder Concedente, de valor correspondente aos investimentos, custos ou despesas adicionais com os quais tenham concorrido ou de o valor equivalente à perda de receita efetivamente advinda, levando-se em consideração os efeitos calculados dentro do próprio Fluxo de Caixa Marginal; IV - modificação de obrigações contratuais

da concessionária previstas no próprio Fluxo de Caixa Marginal; ou V - estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio, bem como alteração da localização de praças de pedágio.

Como se vê, o artigo citado traz cinco possibilidades de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias, o que mostra uma maior preocupação com relação a este assunto nos contratos modernos, bem diferente do que realmente ocorria nos contratos anteriormente pactuados.

5.2 NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS DO ESTADO DO PARANÁ

Como se verifica, a natureza jurídica dos contratos de concessão de rodovias envolve liames bastante complexos. Segundo Celso Bandeira de Melo, (2014, p.729):

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação de serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de uma ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.

Para Jose Múcio Monteiro, em Relatório TCU do dia 15/02/2012, “A doutrina majoritária entende o contrato de concessão como uma espécie de contrato administrativo, devendo receber do ordenamento jurídico brasileiro o tratamento normativo característico”. E continua sua explanação citando as palavras de Carlos Ari Sundfeld:

O regime jurídico dos contratos administrativos, ou seja, a forma como estes são tratados pelas normas jurídicas, é identificado por meio da verificação dos princípios que lhe dizem respeito, os quais devem ser extraídos do próprio ordenamento jurídico.

Desta feita, após análise do contrato do Estado do Paraná com a empresa ECOVIA Caminho do Mar S/A., substancialmente semelhante aos demais

firmados, pode-se entender que os contratos de concessão de rodovias do Estado do Paraná consistem em contratos de concessão de serviço público precedidos de obra pública, tendo como base as seguintes cláusulas transcritas (Lote nº 006, Contrato nº 076/97)

CLÁUSULA I - Definições. a) Concessão de Obra Pública: a delegação contratual do Lote 06 e respectivos trechos rodoviários de acesso; [...]k) Base Econômica da Concessão: a remuneração da CONCESSIONÁRIA, por intermédio da cobrança da tarifa de pedágio, cujo valor será preservado pelas cláusulas de reajuste e de revisão previstas neste CONTRATO; CLAUSULA VI – Objeto. Este **CONTRATO** tem por objeto a recuperação, o melhoramento, a manutenção, a conservação, a operação e a exploração das rodovias principais e a recuperação, conservação e manutenção dos trechos rodoviários de acesso do LOTE. CLÁUSULA VII - Tipo. A concessão é de obra pública e será explorada mediante pedágio. (grifo do autor)

E, embora já citado doutrinariamente, contrato de concessão de obra pública, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2014, p.285), significa:

Contrato de concessão de obra pública e de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública – Contrato de concessão de obra pública, ou, simplesmente, concessão de obra pública, é o ajuste administrativo que tem por objeto a delegação a um particular da execução e exploração de uma obra pública ou de interesse público, para uso da coletividade, mediante remuneração ao concessionário, por tarifa. (Lei 8,987/95)

Sendo assim, visualiza-se que a concessão de rodovia do Estado do Paraná pactuada com a empresa ECOVIA Caminhos do Mar S/A., foi firmada de acordo com as regras do contrato de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública, sendo que esta forma de concessão segue os mesmos moldes para todos os Lotes concedidos.

5.3 REPARTIÇÃO DE RISCOS

O direito ao equilíbrio econômico financeiro do Contrato, possui fundamento legal e contratual. Contudo, também os contratos de Concessão de rodovias do Estado do Paraná prevêm a necessidade de sua preservação. Tome-se como exemplo as seguintes cláusulas:

CLÁUSULA XIV. Do equilíbrio Econômico e Financeiro do CONTRATO. 1. O equilíbrio econômico financeiro deste **CONTRATO** constitui condição fundamental do regime jurídico da concessão. 2. É pressuposto básico da equação econômica e financeira que presidirá as relações entre as partes, o permanente equilíbrio entre os encargos da **CONCESSIONÁRIA** e as receitas da concessão. CLÁUSULA XX – Da revisão da tarifa básica. 1. Qualquer alteração nos encargos da **CONCESSIONÁRIA** importará na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste **CONTRATO**. 2. O **CONTRATO** será revisto para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da **CONCESSIONÁRIA** e a receita da concessão com a finalidade de manter seu inicial equilíbrio econômico-financeiro inicial. (grifo do autor)

Assim, importa verificar quais seriam os eventos previstos no contrato capazes de gerar o desequilíbrio econômico financeiro e, conseqüentemente, que autorizam sua revisão.

Em geral no Brasil, atribui-se aos concessionários a maior parte dos riscos que envolvem o acordo de concessão de rodovias, riscos que em tese são exclusivos da empresa contratada (concessionária), como por exemplo, o risco da demanda, risco dos custos, ou até mesmo os riscos financeiros.

Pode-se citar aqui como exemplo o caso do Contrato de Concessão pactuado entre o Governo do Estado do Paraná com a empresa Ecovia, Lote 06 – Contrato 076/97, assinada em 14/11/1991, no qual os riscos estão descritos nas cláusulas abaixo relacionadas:

CLÁUSULA XII – Da Assunção de Riscos – A concessionária assumirá, em decorrência deste CONTRATO, integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos em que o contrário dele resulte. (grifo do autor)

Na cláusula seguinte do mesmo contrato, especificam-se os riscos de trânsito:

CLÁUSULA XIII – Do Risco Geral de Trânsito – 1. A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de trânsito inerente a exploração do LOTE, neste se incluindo o risco de redução de volume de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras rodovias ou trechos rodoviários de acesso, ressalvados os casos em que a redução de trânsito resulte de ato unilateral do Contratante ou do Poder Concedente com impacto no equilíbrio econômico financeiro deste CONTRATO. 2. A assunção do risco de alteração do trânsito no LOTE constitui condição inerente ao regime jurídico da concessão a ser outorgada, não se admitindo, caso venha a ocorrer alteração quanto ao volume de trânsito esperado pela CONCESSIONÁRIA quando da apresentação da sua PROPOSTA COMERCIAL, qualquer alteração de seus encargos ou, ainda, revisão do inicial equilíbrio econômico-financeiro deste contrato. (grifo do autor)

Como se vê, no Paraná não foi diferente do restante do país. Os riscos inerentes ao contrato de concessão de rodovias, foram em sua maioria alocados aos concessionários quando da formulação da viabilidade e confecção dos contratos. Todavia, o contrato também prevê riscos específicos, cuja materialização poderá resultar em reequilíbrio contratual em favor do Poder Público, mas também da Concessionária:

CLÁUSULA XX – Da revisão da tarifa básica. (...) 2. O **CONTRATO** será revisto para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da **CONCESSIONÁRIA** e a receita da concessão com a finalidade de manter seu inicial equilíbrio econômico-financeiro inicial. a) ressalvados os impostos sobre a renda, sempre que forem criados, alterados ou extintos outros tributos ou sobrevierem disposições legais, quando ocorridas após a data de apresentação das **PROPOSTA COMERCIAL**, de comprovada repercussão nos custos da **CONCESSIONÁRIA**, para mais ou para menos, conforme o caso; b) sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos no **PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE**, para mais ou para menos, conforme o caso; c) sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato da Administração ou de interferências imprevistas resultem, comprovadamente, em acréscimo dos custos da **CONCESSIONÁRIA**; d) sempre que a **CONCESSIONÁRIA** promover a desapropriação de bens imóveis, a instituição de servidão administrativa ou a imposição de limitação administrativa ao direito de propriedade, desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado; e) sempre que a **CONCESSIONÁRIA** promover a rescisão dos contratos de obras e serviços de engenharia vigentes à data da transferência do controle das rodovias, nos termos da Cláusula LXXIII, desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado; f) sempre que houver alteração unilateral deste **CONTRATO**; que comprovadamente altere os encargos da **CONCESSIONÁRIA**, para mais ou para menos, conforme o caso; g) quando a **CONCESSIONÁRIA** auferir receita alternativa, complementar ou acessória à concessão, nas condições estabelecidas neste **CONTRATO**; h) sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados na formação da **PROPOSTA COMERCIAL**, desde que imprevisíveis e não atendidas ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos nestes **CONTRATO**, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes. (grifo do autor)

Ocorre que com os aditivos inseridos nos anos de 2000 e 2002, muitos riscos inerentes aos concessionários foram eliminados, conforme se confirma nas palavras de Jose Múcio Monteiro, em Relatório TCU do dia 15/02/2012 (2012, p.12):

Inicialmente, o risco de execução era das concessionárias, contudo, com os termos aditivos, foram alterados, além dos prazos, aspectos quantitativos e qualitativos das obras e, lembrando, a forma de medição dos serviços,

eliminando esse risco. Assim, as concessionárias somente aceitariam executar obras conforme projetos executivos atualizados e sendo medidos os quantitativos despendidos, então, realizando os respectivos reequilíbrios econômico-financeiros. A título de exemplo aponta a obra do Contorno de Mandaguari (Lote 2 – Viapar), que na proposta comercial tinha valor de R\$ 25 milhões, foi reduzida pelos aditivos para R\$ 11 milhões, e, pelo projeto de 2007, subiu para R\$ 32 milhões;

Cabe ressaltar que para muitos doutrinadores existem riscos pelos quais as concessionárias têm direito a proteção. Roberto Guena de Oliveira (2001, p.63) cita a cláusula XXIV da minuta de contrato de concessões de rodovias do Estado de São Paulo:

Os riscos contra as quais a concessionária tem direito a uma proteção são: riscos de motivos de força maior não passíveis de cobertura de um seguro comercial, riscos de ocorrência de “eventos excepcionais, causadores de significativas modificações no mercado financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados na elaboração das PROJEÇÕES FINANCEIRAS, para mais ou para menos”, e “Alterações legais de caráter específico que tenham impacto significativo e direto sobre as receitas ou sobre os custos dos serviços pertinentes às atividades abrangidas pela CONCESSÃO, para mais ou para menos”. Nesses casos, a concessionária teria direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. (grifo do autor)

Ao se analisar o trecho “alterações substanciais nos pressupostos adotados na elaboração das PROJEÇÕES FINANCEIRAS” acima citado, pode-se analisar o que ocorreu, por exemplo, nos Contratos de Concessão do Paraná. Segundo Rejane Karam e Walter Tadahiro Shima (2007, p. 104 e 119) em 1998 foram alteradas de forma unilateral todas as tarifas, diminuindo em 50% o valor cobrado, medida considerada eleitoral na época do fato. Por conta disto, mais tarde então, as concessionárias e o Governo Estadual, pactuaram os aditamentos de 2000 e 2002, na tentativa de reequilibrar os contratos.

Porém o DER/PR., não tem a mesma opinião com relação aos aditamentos. Segundo este órgão, não houve um reequilíbrio, mesmo porque há de se verificar ainda que existem muitas discordâncias em relação aos contratos de concessão entre este órgão e as concessionárias. A seguir trecho do Relatório do TCU do dia 15/02/2012 (2012, p.10):

O DER/PR discorda da validade de termos aditivos celebrados em 2000 e 2002, que foram feitos na tentativa de reequilibrar os contratos. A entidade estadual aponta como as principais causas dos desequilíbrios a redução realizada unilateralmente pelo governo estadual das tarifas de pedágio, para, aproximadamente, metade do valor contratado, e a posterior

desoneração judicial temporária das concessionárias quanto aos investimentos.

Como em todo contrato, os riscos devem ser repartidos, não podendo ser mais onerosos para nenhuma das partes, mesmo sendo um contrato administrativo, com todas as suas prerrogativas como tal.

5.4 MECANISMOS DE REEQUILÍBRIO

Conforme se demonstrou no item anterior, existem diversos fatores que ensejam o reequilíbrio dos contratos de concessão de rodovias como, por exemplo, a alteração unilateral do contrato pela Administração Pública para satisfazer o interesse público. Ocorre que, por outro lado, o concessionário tem o direito a compensação sobre os efeitos em que tal alteração impactar sobre a questão econômica do contrato. Assegura-se, portanto, o reequilíbrio do contrato, que ocorrerá através de mecanismos que restabeleceram o devido equilíbrio econômico financeiro.

Para Jose Carlos de Oliveira (2014, p. 86), tais mecanismos não são explicitamente previstos na legislação pertinente, seja na Lei 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal ou na Lei 8.666/93 que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

A cláusula XX do Contrato de Concessão de Rodovias firmado com a Ecovias prevê como principal mecanismo de revisão do equilíbrio econômico financeiro a revisão da tarifa básica. Todavia, o item 4 da mesma cláusula prevê que:

Sempre que haja lugar para a revisão do valor da **TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO**, o DER e a CONCESSIONÁRIA poderão acordar, alternativamente ou complementarmente ao aumento do valor da TARIFA: a) alteração do prazo da Concessão; b) atribuição de compensação direta à CONCESSIONÁRIA; c) adequação do **PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO**; d) combinação das alternativas anteriores. (grifo nosso)

São estes os mecanismos que passam a ser analisados.

5.4.1 Revisão de Preços

A revisão de tarifas é um mecanismo importante na equação econômica financeira dos contratos, e está prevista no artigo 9º, §2º, da Lei 8.987/95 e no artigo 65, II, d, da Lei 8.666/93. Nas palavras de José Carlos de Oliveira (2014, p.93):

[...] os contratos administrativos poderão ser alterados mediante acordo entre as partes para restabelecer a relação que a 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. Trata-se, portanto, do restabelecimento da relação que concedente e concessionário estabeleceram entre encargos versus remuneração. Nesse sentido, qualquer evento que altere essa relação dará ensejo à revisão de preços.

Observa-se que é um mecanismo que pode ser utilizado em qualquer uma das hipóteses acima elencadas, inclusive sobre ato unilateral para o reequilíbrio econômico do contrato de concessão de serviços públicos.

Importante destacar que a revisão tarifária não se confunde com o reajuste de tarifas.

O reajuste das tarifas decorre dos efeitos monetários da inflação. Em geral tal situação estará prevista em cláusula contratual, sempre se utilizando de índices oficiais de mercado que transmitem o valor da inflação. Os reajustes tem uma periodicidade para serem aplicados, sempre respeitados os limites do contrato assinado. Lembrando que estes índices serão aplicados às tarifas pré-existentes, retratando na realidade o valor da tarifa ao longo do tempo.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello (2014, p.752):

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

O contrato de concessão de rodovias do Estado do Paraná nº 076/97, disciplina o reajuste anual das tarifas da concessão de acordo com fórmula pré

estabelecida que considera não apenas índices de preços, mas também eventuais variações de insumos necessários à prestação dos serviços.

Todavia é possível ocorrer, que a Administração Pública não cumpra esta cláusula. Desta forma, resta ao concessionário a busca pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Abaixo Acórdão nº 2004/0031293-3, do Superior Tribunal de Justiça:

Relator: Ministro Edson Vidigal. Agravante: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S/A – Econorte, Advogados: Romeu Felipe Bacellar Filho e outros, Agravado: Estado do Paraná, Procuradores: Sérgio Botto de Lacerda e outros, Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Suspensão de liminar. Tutela antecipada deferida para assegurar o reajuste de tarifas de pedágio pela empresa concessionária. 1. Não há como se concluir por ofensa a ordem ou à economia públicas em decisão concessiva de tutela antecipada que apenas assegurou o cumprimento de cláusula contratual livremente firmada entre as partes e não questionada administrativamente em juízo. 2. Perigo de dano inverso. O simples descumprimento de cláusulas contratuais por parte do governo local viola o princípio da segurança jurídica e inspira riscos nos contratos com a Administração. 3. Agravo regimental provido.

A relação entre o custo e sua remuneração deve estar presente em toda a execução do contrato, e isto mesmo quando da alteração de cláusulas contratuais, assim é possível se manter o equilíbrio econômico financeiro dos contratos.

Apesar de ser uma cláusula reconhecidamente importante nos contratos de concessão, pode ocorrer de por algum motivo, não estar presente. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 2.498/2009, Primeira Câmara ao analisar da repactuação, traz luz ao fato de que é “necessária a existência de cláusula no contrato admitindo a repactuação, que pode ser para aumentar ou diminuir o valor do contrato.

O STJ – Superior Tribunal de Justiça, em decisão de Recurso Especial, salienta que, ausente a previsão contratual do reajuste, não será a Administração Pública obrigada a concedê-lo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – REAJUSTE DE PREÇOS – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO CONTRATUAL – DESCABIMENTO.

1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato. 2. Ausente previsão contratual, resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato administrativo.

3.Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (grifo do autor)

Este entendimento mostra que a manutenção das condições factuais da proposta tem previsão legal, é o que se verifica, por exemplo, no já mencionado art. 37, XXI, da Constituição Federal, e art. 40, XI, e art. 55, III, da Lei 8.666/1993.

Existe ainda um outro entendimento, de que embora a cláusula de reajuste não tenha sido prevista na proposta do contrato, é possível sua inclusão posteriormente ao contrato. É o que entende o Acórdão nº 1.685/2008, do Tribunal de Contas da União:

[...] adite o contrato 431/2008, firmado com a empresa Evoluti Ambiental Ltda., acrescentando cláusulas exigidas pelo artigo 55 da Lei 8.666/1993), referentes ao regime de execução do contrato, à data base e periodicidade do reajustamento de preços e ao crédito pelo qual ocorrerá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

Sendo assim, o reajuste operará pelos moldes do aditivo de cláusula ao contrato, assegurando desta forma o direito fixado em lei.

5.4.2 Prorrogação do Prazo Contratual

Este mecanismo de reequilíbrio tem sua base legal no art. 23, I, da Lei 8.987/95, o qual transcreve-se: “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão”. Sendo assim, é cláusula obrigatória nos contratos de concessão de serviço público, sendo de substancial importância pois permite estabelecer cálculos para o planejamento dos custos dos investimentos que serão realizados pelo concessionário. Sendo a partir de então, possível se prever o valor das tarifas que poderão ser cobradas dos usuários das rodovias.

Sobre o assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citada por Jose Carlos de Oliveira (2014, p.99) sintetiza:

A prorrogação da concessão deve ser prevista no edital de licitação e no contrato e deve ser reservada às hipóteses em que circunstâncias excepcionais impeçam o concessionário de ter assegurado o equilíbrio econômico financeiro, devendo ser motivada em cada caso. Não tem

fundamento constitucional a cláusula que costuma ser inserida em alguns contratos de concessão prevendo prorrogação por igual período ao término do contrato. Nessas situações podem ocorrer duas hipóteses, ambas aceitáveis sob o ponto de vista jurídico: (a) o concessionário já fez e já recuperou todos os investimentos previstos no contrato, hipótese em que a prorrogação pura e simples acarretará lucros indevidos, em detrimento dos usuários, que já pagavam pelos investimentos feitos; (b) o concessionário terá que fazer novos investimentos, hipótese que acarretará a novo contrato e não simples prorrogação, obrigando a Administração a efetuar nova licitação e a assegurar igual oportunidade a outros possíveis interessados em assumir a concessão.

Portanto, é claro o posicionamento de que, muito embora haja previsão legal para a prorrogação do contrato, sua possibilidade deve ser prevista do edital de licitação e nas cláusulas contratuais, sob pena de ilegalidade de adoção deste mecanismo de reequilíbrio.

O contrato de concessão nº 076/97 firmado entre o Estado do Paraná e ECOVIA Caminhos do Mar S.A. estipulou prazo em sua Cláusula XI – “Do Prazo da Concessão – 1. O prazo da concessão é de 24 (vinte e quatro) anos, contado da data de transferência do controle das rodovias principais do LOTE para CONCESSIONÁRIA”.

Esta mesma cláusula em seu item “2”, traz em seu texto a inadmissão de prorrogação de prazo como regra geral, conforme se mostra “Não é admitida a prorrogação do prazo, da concessão, salvo nas hipóteses previstas neste CONTRATO”. Todavia, conforme se demonstrou em linhas anteriores, é possível a prorrogação para fins de reequilíbrio contratual.

Em alguns casos a não utilização da prorrogação, em prol de uma nova licitação, por exemplo, reduziria as tarifas. Veja-se trecho do relatório que precedeu o ACÓRDÃO Nº 346/2012 – TCU – Plenário, 1. Processo nº TC 014.205/2011-4:

[...]106.A equação econômico-financeira tem o propósito de evitar prejuízos tanto ao contratado quanto aos usuários, no extenso período de execução. Assim, a revisão extraordinária se impõe no caso dos contratos de concessão das rodovias do Paraná. De tal sorte que, verdadeiramente, leve ao restabelecimento da sua essência de primar pelo interesse público. 107.Do mesmo modo, devem existir as revisões periódicas, não previstas originalmente nos contratos, para que a Administração avalie parâmetros que naturalmente e inexoravelmente variam com o tempo, mutabilidade essa que é capaz de gerar ônus excessivos para uma das partes inseridas na relação jurídica inicial. Esse tem sido o entendimento dessa Corte de Contas nos casos dos contratos federais, e que deve ser estendido às rodovias delegadas. 108.Deve-se considerar que o potencial dano à sociedade, sobretudo aos usuários das rodovias, decorrente do desequilíbrio determinante de tarifa indevidamente calculada a maior, se

não corrigido conforme descrito anteriormente, assoma-se incomensurável e ainda perdurará por vários anos, dada a vigência dos contratos (até 2021), com possível prorrogação. 109. De qualquer modo, a prorrogação dos atuais contratos deve sempre ficar submetida ao interesse público. E, do conjunto de informações ora expostas, **a negativa da prorrogação dos atuais contratos e a realização de nova licitação acarretarão brutal queda nas tarifas.** (grifo nosso)

O trecho descrito acima, inicia falando sobre o propósito do equilíbrio econômico-financeiro e do seu impacto direto à concessionária e ao usuário e traz na sequência hipóteses a serem utilizadas para a sua recomposição em caso de desequilíbrio, como revisão extraordinária, revisão periódica, revisão da tarifa que eventualmente possa esta sendo calculada a maior, e por fim a avaliação de que, uma eventual negativa de prorrogação e formação de nova licitação, acarretaria na queda das tarifas.

5.4.3 Aporte de Recursos Públicos

O aporte de recursos públicos é considerado um mecanismo externo ao contrato em si, que pode ser utilizado em caso de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço. Porém, há de se salientar que para se recorrer a tal recurso, se faz necessária previsão legal e recursos no orçamento público.

Muito embora seja um mecanismo previsto, alguns doutrinadores não concordam da sua utilização, é o caso de Marçal Justen Filho citado por Jose Carlos de Oliveira (2014, p.101):

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

Tal hipótese conforme se demonstrou, encontra-se prevista na cláusula XX, item 4 “a” do contrato de nº 076/97 Estado do Paraná ECOVIA Caminho do Mar S.A., que menciona a possibilidade de atribuição de compensação direta à CONCESSIONÁRIA.

5.4.4 Alteração de Encargos Contratuais

Este mecanismo busca reequilibrar economicamente o contrato de concessão através de alteração nos encargos previstos em cláusulas contratuais. A Administração Pública pode, então, fazer uma readequação do cronograma de investimentos físicos e financeiros previstos, assim como suspender determinado encargo do concessionário.

Existe no contrato de concessão de nº 076/97, previsão legal referente eventual supressão ou acréscimo de obras ou serviços conforme transcreve-se:

CLÁUSULA LXIII – Dos Acréscimos ou Supressões de Obras e Serviços. – 1. Eventuais acréscimos ou supressões de obras ou serviços devem ser objeto de ajustes específicos a serem formalizados entre o **DER** e a **CONCESSIONÁRIA**. [...] 3. Sem prejuízo das disposições desta Cláusula, o **DER**, durante o período da concessão, com o objetivo de não pressionar os valores das tarifas ou preservar o equilíbrio econômico e financeiro deste **CONTRATO**, poderá executar, total ou parcialmente, obras de ampliação da capacidade dos trechos rodoviários de acesso. [...] 4. Todavia, as obras mencionadas no item anterior também poderão ser objeto de negociação específica com a **CONCESSIONÁRIA**, para que a mesma assuma a construção total ou parcial ou, ainda, se for o caso, a manutenção e conservação das mesmas, hipóteses nas quais será revisto o equilíbrio econômico e financeiro deste **CONTRATO**, nas condições nele previstas. (grifo do autor)

Desta forma, podem as partes, modificarem o contrato, acrescentarem ou suprimirem obras por exemplo, conforme a realidade econômica assim o necessitar.

6 CONCLUSÃO

Neste trabalho abordou-se o assunto Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias no Estado do Paraná. Foram expostos conceitos atinentes aos contratos de modo geral, aos contratos administrativos, bem como das situações que ensejam tecnicamente a revisão dos contratos para reequilibrá-lo.

As rodovias em geral no Brasil tinham financiamento para sua infraestrutura através de recursos públicos. Ocorre que desde a década de 40 o país veio sofrendo com a constante alteração no cenário político e econômico, fazendo com que Fundos e Impostos criados para subsidiar o sistema rodoviário, não fossem mais suficientes ao cumprimento de suas metas.

Com o orçamento cada vez mais escasso e insuficiente para manter o investimento mínimo necessário, criou-se o selo-pedágio e mais tarde linhas de crédito junto as grandes instituições de financiamento, sendo inclusive o Paraná um dos Estados que recorreram à empréstimos junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID.

Invariavelmente, se chegaria a cobrança de pedágios. Primeiramente feita diretamente pelo Poder Público, o qual viu no modelo francês um exemplo de que poderia dar certo, além do que os investimentos no setor careciam de mais uma fonte de renda. Sendo assim em meados de 1993, criou-se a iniciativa do programa de concessão de rodovias, projeto este seguido pelos Estados.

A iniciativa é pautada em toda uma normatização e estudo de viabilização, ainda insuficiente para assegurar a satisfação com o serviço. Por isso, o próprio Poder Concedente, está procurando formas de solucionar tantos imbróglios sem com isso, deixar de oferecer um serviço que condiz com a realidade normativa e constitucional do direito do cidadão de ter um serviço de qualidade a sua disposição.

O contrato de concessão de serviços públicos é um negócio plurilateral, em que, além do Poder Público, tem-se também o usuário, com direito a um serviço qualificado e o concessionário, com seu direito a uma boa administração.

O contrato de concessão de serviços públicos deve ser elaborado de forma coesa, sob pena de ocorrerem gastos desnecessários, que onerem tanto os cofres públicos como o contribuinte. Isso sem contar que o próprio concessionário

precisa ser remunerado conforme termos acordados em contrato assinado previamente.

Aliás, o concessionário tem o direito de não ser atingido por imprevistos ou novos encargos, sem que se busquem mecanismos de reequilíbrio do contrato, haja vista que, conforme demonstrado, existem muitas hipóteses que podem levar o concessionário a buscar a recomposição do equilíbrio, dentro dos ditames da legislação pertinente.

Alguns técnicos e especialistas opinam que houve pressa na elaboração do estudo de viabilidade da implantação do programa de concessão de rodovias, sendo que conseqüentemente isto impactou na confecção e execução dos contratos de concessão elaborados na época. Ocorre que se faz necessária uma análise temporal também, uma vez que por ser um contrato de característica de longo prazo, a realidade econômica deve ser fator preponderante para análise.

O critério de escolha da melhor proposta na licitação tem sido muito questionado até os dias de hoje, uma vez que se fundou na maior malha viária a ser coberta e não na menor tarifa como muitos estados se utilizam. Esta situação remete novamente ao fato da realidade econômica vivida. Indexadores econômicos altos e perspectiva de crescimento instável geraram um fator risco maior, e conseqüentemente um contrato de concessão “mais oneroso”.

Ao se conceder a gestão e a execução de um serviço público, não pode a administração pública levar em consideração interesses políticos e eleitorais. No entanto, muitos estudiosos consideram que à época dos fatos, por mais que o país vivesse uma realidade muito precária, nas rodovias no Estado do Paraná talvez o interesse social e coletivo tenha sido deixado de lado em prol do interesse político.

Neste sentido, se faz importante a atuação efetiva do Poder Judiciário que deve, sempre que for o caso, tutelar os contratos de concessão, mantendo assim a segurança jurídica.

Por conseguinte, se traz a lume o importante papel do magistrado diante da lide contratual. Conforme leciona Eros Roberto Grau (2006, p.29), “[...] a atuação do Poder Judiciário, para além de dizer as normas, inclui a própria construção do Direito de acordo com a realidade posta, o que se faz por meio da interpretação”.

Os contratos de concessão de serviço, são contratos longos pela sua natureza, com legislação própria, donde se extrai que a interpretação da lei,

concomitantemente ao espaço e tempo é de suma importância para que se faça uma análise melhor de cada caso, mas especificamente em relação aos mecanismos de equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão de rodovias.

O que se busca, então, é o Estado que seja mais responsável e que tutele os direitos fundamentais. O Estado deve respeitar o art. 170 da CF, compatibilizando o desenvolvimento, assumindo e honrando compromissos, inclusive a dos seus contratos de serviço e, no caso do presente trabalho, dos contratos de concessão de rodovias.

Em suma, um Estado que não dá segurança econômica, financeira e jurídica, não é o ideal. Faz-se necessário o diálogo, bom senso e principalmente responsabilidade pelos compromissos assumidos, um olhar maduro, sustentável e que consiga reconquistar a confiança de seus cidadãos.

7 REFERÊNCIAS

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. RESOLUÇÃO Nº 3.651/11, DE 7 DE ABRIL DE 2011 – ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em file:///C:/Users/win7/Downloads/resolucao3651a_2011.pdf,. Acessado em 22-05-2015.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. NOTA TÉCNICA 064/2007, de 23 de agosto de 2007 – ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em file:///C:/Users/win7/Downloads/nt_064-2007_geeco_suref.pdf, Acessado em 22-05-2015.

BORGES, Alice Gonzalez. **Artigo Reflexos do Código Civil nos Contratos Administrativos**, Revista. Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador/BA, IBDP, 2007.

BRASIL. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Processo: 1027245-4 Acórdão: 35759. Publicado 29/08/2013 • DJPR . Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58449481/djpr-29-08-2013-pg-480>. Acessado em 21-05-2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n, 730568 – SP (2005/0036315-8), Recorrente: RGM Engenharia e Construções Ltda. Recorrido: Município de São Bernardo do Campo. Relator: Ministra Eliana Calmon, Brasília, 06 de set. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 22.05.2015.

BRASIL. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Processo: 642476-6 Acórdão: 26574, DJ: 373, 26/04/2010 Órgão Julgador: Data Julgamento: 06/04/2010. Disponível em <Http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58449481/djpr-29-08-2013-pg-480>. Acessado em 21-05-2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de levantamento de auditoria. Acórdão n. 1.685/2008, Plenário. Entidade: Saneamento de Goiás S/A. Relator:

Ministro Aroldo Cedraz, Brasília, 13 ago. 2008. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Processo: 525531-6, Acórdão: 25356, Fonte: DJ: 250, Data Publicação: 19/10/2009, Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível, Data Julgamento: 29/09/2009. Disponível em <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6128732/apelacao-civel-ac-5255316-pr-0525531-6/inteiro-teor-12265498> . Acessado em 21-05-2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na suspensão de liminar n. 74 – PR (2004/0031293-3). Agravante: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A. (Econorte). Agravado. Estado do Paraná. Ministro Edson Vidigal. Brasília, 01 ju. 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 22.05.2015.

CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. Rev. Ampl. e Atual. 2ª Ed. Salvador/BA: Editora Jus Podvim, 2015.

CHENÇO, Edson Carlos, **Fundamentos de Finanças**, Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009.

Contrato de Concessão de Obra Pública entre o Estado do Paraná e a Concessionária Ecovia Caminho do Mar S/A. Adquirido através do endereço eletrônico: <http://www.der.pr.gov.br/> pesquisado em 17.01.2015

Decisão TCU. TC 014.205/2011-4. **Relatório de Auditoria por solicitação do Congresso Nacional**. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Através do endereço eletrônico: <http://www.infraestrutura.pr.gov.br/arquivos/File/DecisaoTCUSobrePedagogiaParana.pdf>, pesquisado na data de 22.04.2015.

GRAU, Eros Roberto, **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 4.ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed., ver. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998b.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 9º Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Claudio Cairo. **Contrato Administrativo – Tendências e exigências atuais**. Prefácio Alice Gonzalez Borges. Belo Horizonte/MG: Ed. Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal – **Curso de Direito Administrativo** / 2ª Ed. Ev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

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

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, em seu **Artigo EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO**, através do site:

http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/equilibrio_economido_financeiro_do_contrato_administrativo.pdf, pesquisado em 10.05.2015.

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

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 40ª Ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2014.

NADAL, Fábio, **Como se preparar para o exame de Ordem, 1ª fase: Administrativo 3**. 10ª ed., Rio de Janeiro/RJ: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia, **Direito administrativo**, 4ª. Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

OLDCORN, Roger, **Decisão estratégica para investidores – avaliando oportunidades em mercados dinâmicos**, tradução Ricardo Luiz Mendes Ribeiro, São Paulo: Nobel, 1999.

OLIVEIRA, José Carlos de, Fernanda de Mello, **Mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviço público. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 85-106, mar./ago. 2014.**

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, **Licitações e contratos administrativos – 3ª. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.**

OLIVEIRA, Roberto Guena. **Avaliação do Equilíbrio Econômico Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias.** São Paulo/SP: USP, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanela Di. **Parcerias na Administração Pública, Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas.** 9ª Ed, São Paulo/SP: Editora Atlas, 2012.

PINHEIRO, Armando Castellar, **Judiciário e economia no Brasil**, São Paulo: Sumaré, 2000.

SAVÓIA, Dr. José Roberto F., **Relatório 1, Etapa 1, Relatório de definição do referencial para condução do cálculo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.** São Paulo/SP, Contrato nº 337/2012 – DER, FIA Fundação Instituto de Administração, 2012.

SAVÓIA, Dr. Jose Roberto Ferreira. **Relatório de definição do referencial para condução do cálculo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.** Etapa 1. Relatório 1. – DER/PR. – 06/02/2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**, ed. 2, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 135-136

TÁCITO, Caio, **Equação Financeira. Complementação do Preço. Inexistência de Retroatividade**, ed. Renovar, 2^o vol. 1975.