

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Estevam Palazzi Sartal

Patologias em processos de reequilíbrio econômico-financeiro de concessões: prevenção e
reparação

Mestrado em Direito

São Paulo
2016

ESTEVAM PALAZZI SARTAL

Patologias em processos de reequilíbrio econômico-financeiro de concessões: prevenção e
reparação

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito, dentro da linha de pesquisa Efetividade do Direito Público e Limitações da Intervenção Estatal, na área de concentração de Direito Administrativo, sob a orientação do prof. Dr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

Aos meus pais e à minha noiva, que me acompanharam nesta jornada.

AGRADECIMENTOS

É possível que toda a dificuldade com que me deparei ao longo do mestrado não seja tão superior ao desafio que enfrento agora: escrever o tópico de agradecimentos. Pode parecer simples, um tópico que não é técnico, mas talvez isso o torne ainda mais difícil, a lógica não domina esta seção. Conseguir colocar no papel o quanto sou grato a cada pessoa que me apoiou ao longo destes últimos dois anos está longe de ser tarefa fácil. Mas, faço questão de arriscar.

Meus pais. Foram muitas ausências. Muitos domingos em que abreviei o almoço para me enfiar nos incontáveis livros que se empilharam durante todo esse período no meu quarto – para o desespero da minha mãe. Agradeço, a vocês, não apenas pela compreensão que tiveram, mas também pelo apoio incondicional que, mais uma vez, me proporcionaram. Um muitíssimo obrigado!

Minha noiva, Ila. A dissertação ocupou não apenas boa parte do nosso tempo, mas também do meu humor. Foram tempos difíceis. Apesar disso tudo, ela sempre esteve ao meu lado, com palavras e gestos acolhedores e, com o seu amor, dando sentido às coisas mais simples da vida.

Vó Dedê, Vó Bebê, Dinha, Dinho. Visitas aceleradas, quando não desmarcadas. Apesar disso, as portas sempre estiveram abertas a visitas inesperadas. Obrigado pela compreensão!

Meus amigos. Peço desculpas pelas incontáveis vezes que cancelei os encontros, ou que acabei saindo mais cedo. Agradeço, ainda, àqueles que me ajudaram, que me apoiaram, e que respeitaram esse período!

Professor Jacintho. Agradeço sobremaneira por ter me estendido a mão; à alta qualidade da orientação e das suas aulas, que ainda me fazem refletir; e aos bons papos no final das reuniões.

Professora Dinorá. Obrigado pelos bons conselhos e pelas contribuições na banca de qualificação.

Professor André Freire. Obrigado pelas contribuições na banca de qualificação e pelos ricos debates no crédito do Professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha.

Letícia. Sou grato por ter debatido comigo as diretrizes da dissertação, apesar da corrida rotina que a advocacia nos impõe. Além disso, agradeço sobremaneira o apoio institucional do escritório, sem o qual, não teria conseguido elaborar a dissertação. Muito obrigado!

Amigos do escritório. Tenho consciência de que, não raras vezes, abandonei o “*posto*”, mas vocês estavam lá para me ajudar, para me ouvir, e também para debater aspectos da dissertação. Obrigado!

E, como não poderia me esquecer, agradeço ao bom e velho *Jazz*, que, ora com palavras improvisadas, ora com aconchegante som de metais, me acalmou e me fez seguir adiante.

RESUMO

Com a presente dissertação, procuramos analisar meios de proporcionar segurança jurídica à execução contratual de concessões, especificamente no que diz respeito ao trâmite dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Para isso, mapeamos os principais descumprimentos de regras no âmbito desses processos (patologias), propusemos medidas preventivas a serem adotadas, e, na hipótese de isso não ser possível, analisamos quais medidas reparadoras poderiam ser adotadas.

No que diz respeito ao mapeamento das patologias, procuramos agrupá-las de acordo com o critério de *liquidez e certeza*, para facilitar a identificação das medidas reparadoras passíveis de serem aplicadas em cada caso. Nesse sentido, criamos dois grupos: (i) patologias inerentes à *fase de instrução dos processos administrativos*, em que o direito não é líquido e certo; (ii) patologias referentes à fase de recomposição desses processos, em que o desequilíbrio já foi identificado e quantificado, de modo se trata de direito líquido e certo.

Identificamos que a maioria das medidas preventivas têm *natureza regulamentar ou contratual*. O principal exemplo de medida preventiva de natureza regulamentar corresponde aos mecanismos processuais que proporcionam estabilidade e previsibilidade ao processo de reequilíbrio. No que diz respeito às medidas de natureza contratual, merece destaque a fiscalização por meio de verificadores independentes ou da previsão de cláusula de *Dispute Board*, que tende a contribuir com uma rica instrução técnica.

No que toca às medidas reparadoras, observamos as garantias prestadas pelo parceiro público nos contratos de parceria público-privada, os mecanismos alternativos de solução de controvérsia, além das medidas judiciais cabíveis.

Notamos, em suma, que a ampla maioria das patologias identificadas não decorre de falhas na legislação em sentido estrito (Leis nº 8.666/93; 8.987/95; 11.079/04; 9.784/99), mas sim de vícios na estruturação dos contratos e na sua regulação. Assim sendo, é fundamental que a administração pública atue de forma planejada, e passe a considerar as consequências práticas de suas decisões.

Palavras-chave: Concessão; equilíbrio econômico-financeiro; processo administrativo; vícios; segurança jurídica.

ABSTRACT

The aim of this study was to grant stability during the execution of concessions contracts, specifically at economic and financial balance adjustments processes.

To achieve this objective, it was identified the most frequent disobediences by public administration at these processes, that were named “pathologies”. Therefore, *preventive measures* have been proposed, and, in case of not being possible the use of these preventive measures, repairing measures also have been analysed.

During the identification of the pathologies, they were classified into two different groups: (i) *procedural instruction pathologies*, in which the financial and economic imbalance hasn't been identified and quantified; (ii) *procedural execution pathologies*, in which the financial and economic imbalance has already been identified and quantified. The reason of this classification is to identify the preventive and repairing measures easily.

The majority of the preventive measures are contractual or regulatory. The main examples of contractual preventive measures are the discipline of the *Dispute Board and the independent verifier*, that can contribute to achieve technical pieces of information. An example of regulatory preventive measure is the *due process of law*.

As the repairing measures, it was analysed the government financial guarantees to PFI projects, private mechanisms for solving disputes, and the judicial proceedings.

It was identified that pathologies are not caused by statute issues (statute n° 8.666/93; 8.987/95; 11.079/04; 9.784/99), but by structuring concessions contracts and their regulation. Consequently, it is extremely important that public administration consider practical consequences of its own decisions to preserve stability at concessions contracts.

Key-words: Concession contracts; economic and financial balance; administrative procedures; pathologies; stability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - ASPECTOS DO REGIME JURÍDICO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES.....	3
1.1. Introdução.....	3
1.2. Fundamento jurídico positivo do equilíbrio econômico-financeiro	3
1.3. Causas de desequilíbrio.....	6
1.3.1. Causas de desequilíbrio: aspectos históricos e previsão no ordenamento jurídico brasileiro.....	6
1.4. Mecanismos de identificação e de quantificação do desequilíbrio econômico-financeiro .	10
1.4.1. Processo de aplicação de Reajuste.....	10
1.4.2. Processos de Revisão	13
1.5. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro	14
1.5.1. Introdução	14
1.5.2. Alteração da remuneração da concessionária	15
1.5.3. Alteração de obrigações contratuais.....	18
1.5.4. Dilação de prazo.....	20
1.5.5. Indenização por parte do poder público.....	21
1.5.6. Outros mecanismos.....	22
1.6. Conclusões Parciais.....	23
CAPÍTULO 2 – MAPEAMENTO DAS PATOLOGIAS NOS PROCESSOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES.....	24
2.1. Patologias nas etapas de instrução dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro ..	24
2.1.1. Alteração unilateral de índice de reajuste sem o concomitante reequilíbrio	24
2.1.2. Quantificação equivocada	27
2.1.3. Mora na condução dos processos de reequilíbrio	28
2.2 Não recomposição dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro.....	29
2.3. Consequências das patologias.....	30
2.4. Conclusões parciais.....	31
CAPÍTULO 3 – MEDIDAS PARA PREVENÇÃO DE PATOLOGIAS NOS PROCESSOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES	32
3.1. Aspectos de processo administrativo	32
3.1.1. Prazo nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões	34
3.1.2. Processos de revisão ordinária.....	36
3.2. Reajuste Automático.....	37
3.3. Verificador Independente.....	39
3.4. Dispute Board.....	42
3.5. Conclusões Parciais.....	45
CAPÍTULO 4: MEDIDAS A SEREM ADOTADAS DIANTE DA IDENTIFICAÇÃO DE PATOLOGIAS QUE VISAM À REPARAÇÃO DE DANOS	47
4.1. Introdução.....	47

4.2. Garantias prestadas pelo parceiro público	48
4.2.1. Vinculação de Receitas	49
4.2.2. Fundos especiais	50
4.2.3. Seguro-garantia e garantias prestadas por organismos internacionais e instituições financeiras não controladas pelo poder público	51
4.2.4. Fundo garantidor e empresas estatais	52
4.2.5. Outros mecanismos admitidos em lei.....	55
4.2.6. Tipificação das patologias como requisito para execução das garantias	55
4.3. Autorização para suspensão de investimentos	57
4.4. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias envolvendo a administração pública: contextualização	59
4.4.1 Arbitragem	61
4.4.2. Diretrizes para autocomposição na administração pública previstas na Lei nº 13.140/15	65
4.4.3. Mediação e Conciliação.....	67
4.4.4. Acordos substitutivos	72
4.4.5. Patologias mais adequadas para serem submetidas a mecanismos de autocomposição	75
4.5. Processos judiciais.....	76
4.5.1. Mandado de Segurança: não recomposição, apesar de reconhecido e quantificado o desequilíbrio.....	77
4.5.2. Ação ordinária: não identificação ou não quantificação do desequilíbrio;	78
4.5.3. Determinação, pelo magistrado, dos mecanismos de recomposição do: risco de ofensa à discricionariedade administrativa	80
4.6. Conclusões Parciais.....	81
CONCLUSÕES.....	83

INTRODUÇÃO

Nos textos jurídicos nacionais, em regra, se analisa a compatibilidade de determinada norma com o sistema jurídico e se descrevem as características de determinado instituto. Poucos estudos, no entanto, são produzidos visando a compreender as *consequências jurídicas* da aplicação da norma jurídica.

Muito se produziu na literatura nacional sobre o tema do equilíbrio econômico-financeiro. Todavia, a ampla maioria desses estudos limitou-se a analisar a compatibilidade de determinada norma infraconstitucional com o ordenamento jurídico e suas características.

Diante da escassez de estudos acadêmicos que versem sobre as *consequências* da aplicação das normas que disciplinam o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões, adotaremos essa abordagem na presente dissertação. Nesse sentido, nosso objeto de estudo corresponderá à análise de *patologias* que possam ocorrer nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões. Em outras palavras, estudaremos os *descumprimentos, por parte do poder concedente ou do agente regulador, de regras inerentes a processos de reequilíbrio econômico-financeiro de concessões* que ensejam *atrasos no trâmite processual*; que obstam a recomposição, e que, conseqüentemente, agravam o desequilíbrio. Ademais, assim que mapeadas essas patologias, nos debruçaremos sobre *medidas contratuais e extracontratuais* que podem ser utilizadas para prevenir sua ocorrência e, nos casos em que a prevenção não for possível, para corrigir seus efeitos.

Até pelo fato de haver pouca bibliografia sobre a abordagem adotada nesta dissertação, não nos limitaremos à metodologia de *revisão bibliográfica*: estudaremos criticamente legislação e atos normativos das agências reguladoras que versem sobre esse tema, e, para exemplificar nossa análise, faremos referência a contratos de concessão que já tenham sido celebrados.

Em suma, buscamos, com este estudo, mapear as principais *patologias* que geram *instabilidade e insegurança* às concessões vigentes e futuras, e propor medidas a serem adotadas para prevenir e reparar suas consequências, tudo como forma de preservar a *segurança jurídica* na execução desses contratos. Deste modo, em sentido amplo, a justificativa para esse estudo corresponde à tentativa de diminuir *o risco regulatório*, que, se não for combatido, pode provocar um *aumento de custo* de futuras concessões, e, conseqüentemente, *das tarifas*, o que pode restringir o acesso à fruição do serviço público, inviabilizando muitas concessões. Ainda que a remuneração da concessionária decorra de contraprestações pecuniárias, situação em que o usuário não será diretamente onerado pelo aumento dos custos, isso tampouco se mostra

eficiente: o *tesouro* será onerado neste caso, o que poderá restringir o emprego de recursos em outras áreas, afetando toda a coletividade.

Dividimos nosso estudo nas seguintes abordagens: (i) *mapeamento das patologias*; (ii) *análise de medidas preventivas*; (iii) *análise de medidas reparadoras*.

No que diz respeito à primeira abordagem, adotamos uma divisão entre patologias inerentes à *fase instrutória* dos processos de reequilíbrio, em que se dá a *identificação* e a *quantificação* do desequilíbrio, e patologias inerentes à *fase de recomposição* propriamente dita, em que o desequilíbrio já foi identificado e quantificado. A *identificação e a quantificação* do desequilíbrio são aspectos relevantes para seleção das medidas corretivas a serem utilizadas, uma vez que, com esses critérios, é possível realizar um tratamento em bloco das patologias.

Em relação à *segunda abordagem – medidas preventivas-*, estudaremos diversos mecanismos contratuais e extracontratuais que podem evitar a ocorrência de patologias nos processos de reequilíbrio, garantindo, deste modo, que referidos processos sejam conduzidos de forma mais estável e eficiente. São alguns exemplos dessas medidas: os reajustes automáticos, que passaram a ser autorizados na Lei nº 11.079/04; a exigência de prazo para notificação de evento causador do desequilíbrio; e, de uma forma geral, o *acompanhamento incisivo da concessão*, seja por meio de comitê formado por engenheiros e advogados (*Dispute Boards*), ou, eventualmente, pela própria agência reguladora, a fim de assegurar um amplo acervo probatório, na hipótese de um eventual litígio.

A terceira abordagem corresponde às *medidas reparadoras*, que devem ser utilizadas nos casos em que a ocorrência das patologias não pode ser prevenida. Nesta seção, inicialmente, estudaremos as *garantias* que podem ser ofertadas pelo parceiro público no âmbito dos contratos de parcerias público-privadas - PPP. Tais garantias, por terem um *cunho executório*, devem ser aplicadas em face de patologias incidentes na fase de *recomposição propriamente dita*, uma vez que o desequilíbrio já foi quantificado. No entanto, na hipótese de não haver previsão dessas garantias no contrato de concessão, ou no caso de as patologias corresponderem à etapa de instrução dos processos administrativos, estudaremos a aplicação de *mecanismos alternativos de solução de controvérsia*, como é o caso de mediação, arbitragem, entre outros. E, por fim, nos debruçaremos sobre as medidas judiciais, que podem variar de *mandado de segurança*, no caso das patologias referentes à etapa de recomposição; e *ação ordinária*, se se tratar de patologias referentes à etapa de instrução.

CAPÍTULO 1 - ASPECTOS DO REGIME JURÍDICO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES

1.1. Introdução

O *direito administrativo* está estruturado no *equilíbrio entre autoridade e liberdade*¹: frente às prerrogativas atribuídas aos agentes públicos, são assegurados meios para preservar a liberdade e a propriedade dos cidadãos. Tal cenário não é diferente no caso do equilíbrio econômico-financeiro: o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro representa um contraponto às prerrogativas da administração pública no regime dos contratos administrativos, sobretudo no que diz respeito às alterações *unilaterais*², a fim de garantir a remuneração do contratado inicialmente pactuada.

Como o nosso objeto de estudo, no entanto, está restrito aos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das *concessões*, nos termos do recorte apresentado na Introdução, nos restringiremos à análise do reequilíbrio econômico-financeiro dessas espécies contratuais.

1.2. Fundamento jurídico positivo do equilíbrio econômico-financeiro

Conquanto a maior parte da disciplina do equilíbrio econômico-financeiro esteja positivada na legislação infraconstitucional, o fundamento jurídico dessa matéria decorre da própria Constituição da República, no caso, do artigo 37, inciso XXI, abaixo transcrito:

“Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, *mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei*, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifo nosso)

¹ Como aponta Carlos Ari Sunfeld, “o direito público, no Estado de Direito, é o direito do equilíbrio entre autoridade e liberdade, de modo que às prerrogativas estatais de perseguir o interesse público correspondem, sempre e necessariamente, compensações para o particular atingido de modo especial por seu exercício. Assim é na desapropriação, onde a extinção da propriedade privada se faz mediante uma indenização ao particular atingido. Assim também é em matéria de contrato administrativo: aos poderes estatais de alteração e extinção contrapõe-se o direito do contratado a respeito do interesse que o levou a contratar, qual seja, o de obter lucro. Caso contrário, não haveria falar em contrato.” *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.983/94*. São Paulo: Malheiros, 1994. P. 236.

² Como o objeto do presente trabalho diz respeito à análise do reequilíbrio econômico-financeiro, não adentraremos sobre o tema das alterações unilaterais dos contratos administrativos. Sobre o assunto, vide: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

O supracitado dispositivo foi regulamentado pela União por meio da edição da Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações, especificamente no seu artigo 65, II, alínea “d”³. Como a referida lei corresponde a um *veículo introdutor de normas gerais*⁴ no que diz respeito à matéria de *licitação e de contratos administrativos*, sua aplicação deve ser ampla, considerando todas espécies de contratos administrativos.

Adotamos a premissa de que as concessões têm *natureza jurídica complexa*⁵, ou seja, são formadas por um *escopo contratual* e por um *escopo estatutário*. O *escopo contratual*⁶ corresponde à seara em que deve haver anuência de ambas as partes, que é justamente o caso do *equilíbrio econômico-financeiro*, ao passo que o *escopo estatutário*⁷ diz respeito às demais obrigações inerentes à concessão, que são passíveis de alteração unilateral por parte do poder concedente⁸.

Sendo assim, a princípio, a disciplina do equilíbrio econômico-financeiro na Lei nº 8.666/93 é aplicável a todas espécies de concessão, desde que não haja incompatibilidade com

³ “Art. 65 [...] II [...] 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 conseqüências 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 (sic).”

⁴ “Art.1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

⁵ “A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere abaixo 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.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 735.

Apesar do referido dispositivo, é cediço que as concessões não se resumem ao escopo contratual:

Um bom exemplo de ato unilateral no âmbito das concessões corresponde ao Programa de Concessões Rodoviárias – anexo dos contratos de concessão firmada pelo governo federal.

Para aprofundamento no tema da natureza jurídica das concessões, vide a tese de doutoramento de Letícia Queiroz de Andrade: *Teoria das relações jurídicas da Prestação de Serviço Público sob o Regime de Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁶ No artigo 175, parágrafo único, da Constituição da República foi positivado que as concessões de serviço público têm natureza contratual, confira-se: “ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;” (grifo nosso).

⁷ Todos os parâmetros e obrigações de ordem técnica nas concessões de rodovias federais são estabelecidos em um documento apartado denominado “Programa de Exploração Rodoviária”. Tal documento é um ótimo exemplo do *escopo regulamentar das concessões*, haja vista que a ANTT, no âmbito dos processos de revisão, promove alterações nestas obrigações sem que haja anuência dos concessionários.

⁸ Sobre a natureza jurídica da concessão e as cláusulas contratuais e regulamentares, vide: capítulo II da seguinte obra: ANDRADE, Letícia Queiroz. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2015.

esse regime jurídico. A despeito desse fundamento jurídico, o legislador determinou, no artigo 124⁹ da Lei nº 8.666/93, que as normas decorrentes desse diploma legal fossem aplicadas às concessões e às permissões de serviço público. Deste modo, além do fundamento geral, há determinação específica para aplicação das normas da Lei nº 8.666/93 às concessões de serviço público.

Além do referido dispositivo constitucional e da Lei nº 8.666/93, vale destacar que na Lei nº 8.987/95 também foi positivado um dispositivo que serve de fundamento jurídico para o equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público:

“Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

Para fins operacionais, adotaremos o conceito de equilíbrio econômico-financeiro proposto pelo professor Marçal Justen Filho, abaixo transcrito:

“O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente”¹⁰.

A partir da análise do conceito proposto, é possível identificar que o equilíbrio econômico-financeiro corresponde à relação entre os *encargos* assumidos pela concessionária em contrapartida à sua *remuneração*, de modo que, se houver alguma alteração nessa relação em virtude de *risco* que não tenha sido inicialmente assumido contratualmente, restará configurado o *desequilíbrio contratual*¹¹.

Note-se que o conceito de equilíbrio econômico-financeiro é genérico¹². E isso não se dá por acaso: apenas em razão da fluidez desse conceito, é possível aplicá-lo às mais diversas espécies de contratos administrativos, de modo que podemos utilizá-lo para todas as espécies de concessão que se enquadram dentro do nosso objeto de estudo.

⁹ Além de a Lei “Art.124.Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.”

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. P. 887.

¹¹ Sobre os eventos que podem causar *desequilíbrio contratual*, vide item 1.3 desta dissertação.

¹² “Essa característica não decorre de qualquer imprecisão ou falha dos aplicadores e teóricos do instituto da concessão (ou dos contratos administrativos de um modo geral). A indeterminação faz parte do conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Ele não pode ser preso a fórmulas estanques, preconcebidas em análises abstratas, mesmo se feitas para aplicação a uma dada categoria de contratos. [...]” ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 168.

O equilíbrio econômico-financeiro está protegido em face da *atualização da moeda* (reajuste), e em relação a quaisquer outras hipóteses que provoquem a alteração da equação prevista em cada contrato.

Apresentados os principais fundamentos jurídico-positivos do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e das concessões, passemos a analisar as principais *causas de desequilíbrio*.

1.3. Causas de desequilíbrio

Neste item, nos debruçaremos sobre eventos que podem ensejar o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão. Muitas das hipóteses a serem analisadas a seguir estão positivadas na legislação ou são decorrentes de construção doutrinária. De todo modo, esse rol não é taxativo: caso venha a ocorrer algum evento que altere a equação econômico-financeira, em sentido contrário com a matriz de riscos contratual, o equilíbrio deverá ser recomposto, independentemente de esse evento se encaixar ou não em hipóteses previstas anteriormente.

1.3.1. Causas de desequilíbrio: aspectos históricos e previsão no ordenamento jurídico brasileiro

A preocupação com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos surgiu no âmbito do direito privado¹³, especificamente com a cláusula contratual *rebus sic stantibus* - de origem romana -, que visa a adequar as obrigações contratuais a alterações do contexto fático.

Com a positivação do código civil napoleônico, por sua vez, caiu por terra a aplicação da referida cláusula contratual, haja vista que no referido diploma legal foi dado mais peso ao princípio *pacta sunt servanda* – também de origem romana -, visando a garantir o que havia sido contratado. Todavia, com o advento da I Guerra Mundial, e com a consequente elevação dos custos dos insumos, ressurgiu, na França, a necessidade de retomar a aplicação da aludida cláusula *rebus sic stantibus*, o que se deu por meio da *teoria da imprevisão*, com a ideia de compartilhar os prejuízos imprevisíveis, sob pena de inviabilizar a execução contratual.

¹³ Todas as informações sobre aspectos do contexto histórico de surgimentos do reequilíbrio econômico-financeiro foram extraídas da seguinte obra: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit.

Caso o leitor queira se aprofundar no tema, sugerimos a seguinte leitura: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

A *teoria da imprevisão* foi consolidada com base em arestos do Conselho de Estado Francês, destacando-se o “Gaz de Bordeaux”¹⁴, em que, diante da elevação dos custos do carvão mineral em razão da I Guerra Mundial, foi necessário reequilibrar a equação econômico-financeira do contrato de concessão firmado entre a *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (Companhia geral de iluminação de *Bordeaux* – tradução livre) e o município de *Bordeaux*.

Na Lei nº 8.666/93, foram positivadas as causas de desequilíbrio, sobretudo, no artigo 65, inciso “II”, abaixo transcrito:

“Art. 65, II, 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 *atos imprevisíveis*, ou *previsíveis porém de conseqüências 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*.” (grifo nosso)

A partir da leitura do supracitado artigo 65 da Lei nº 8.666/93, é possível notar que a *teoria da imprevisão* foi amplamente acatada no sistema jurídico pátrio, correspondendo a uma forma contemporânea de retomar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, no sentido de que a onerosidade da *álea econômica* decorrente de fatos imprevisíveis não pode ser suportada apenas pela parte diretamente prejudicada, sendo necessário o compartilhamento desse prejuízo, sob pena de se inviabilizar a execução contratual¹⁵. Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta três requisitos¹⁶ para aplicação da referida teoria:

“[...] a) que o prejuízo resultasse de evento alheio ao comportamento das partes, ou, no caso da Administração, estranho à sua posição jurídica de contratante; b) que o evento determinante do prejuízo fosse não apenas imprevisível, mas também imprevisível; c) que o prejuízo resultante para o

¹⁴ Disponível no site do Conselho de Estado francês (Conseil D'État): <http://arianeinternet.conseiletat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=38&fond=DCE&text=gaz+de+bordeaux&Page=10&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True>. Acesso em: 27 de julho de 2016.

Para mais informações sobre o histórico do reequilíbrio econômico-financeiro, vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit.. PP 664-668.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit.. PP. 664-665.

¹⁶ Marçal Justen Filho apresenta um quarto requisito para aplicação da referida teoria, que seria, no caso, a “ausência de impedimento absoluto”. Segundo o autor, “somente se aplica a teoria da imprevisão quando o evento superveniente não apresenta cunho de definitividade absoluta, pois isso conduziria à extinção do contrato por força maior”. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. P. 386.

onerado fosse significativo, isto é, gravemente convulsionador da economia do contrato.¹⁷”

Este mesmo dispositivo legal corresponde, ainda, ao fundamento jurídico das *sujeições imprevistas*, que, diferentemente da teoria da imprevisão, dizem respeito a entraves de natureza técnica, como é o caso de lençóis freáticos, localizados em terreno em que será erigida obra pública, não previstos à época da licitação¹⁸.

No parágrafo 6º do referido artigo 65, o legislador disciplinou aspectos do reequilíbrio contratual à luz da alteração contratual unilateral, confira-se:

“[...] § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial¹⁹.”

No artigo 65, § 5º da referida lei, ainda foi prevista a causa de desequilíbrio decorrente de alteração ou extinção de tributos e encargos legais²⁰ que impactem na remuneração contratual, configurando atuação administrativa alheia à esfera contratual, que se denomina *fato do príncipe*²¹, nestes termos:

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op Cit. P. 666.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op Cit. P. 659.

¹⁹ No caso dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, a alteração unilateral pode ser quantitativa, limitada a 25%, ou qualitativa, conforme hipóteses tipificadas nos incisos “I” e “II” do artigo 65 da Lei nº 8.666/93. No entanto, esses valores não são aplicáveis aos contratos de concessão, conforme bem observado por Luís Roberto Barroso: “Para diversos autores, os limites impostos pelos 1º e 2º do dispositivo são aplicáveis apenas aos contratos especificamente regulados pela Lei n.8.666/93, a saber: obras, serviços e compras. Os demais contratos administrativos, e, sobretudo os contratos de concessão, não estariam submetidos a tais regras, em primeiro lugar porque a legislação específica não reproduziu regra similar. E, embora a Lei nº 8.666/93 seja aplicável subsidiariamente a tais ajustes, sua incidência não seria pertinente na hipótese por conta das particularidades desses ajustes. [...] Nos contratos de concessão, a mutabilidade é muito maior que a verificada em um contrato ordinário [...]; os contratos de concessão não apresentam propriamente um valor sobre o qual pudessem incidir os percentuais do art. 65; e, ademais, a Administração não paga ao particular qualquer remuneração [isso pode ocorrer no caso da concessão comum]. BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, 15, jul/set. 2006. P. 119.

Apesar de este raciocínio aplicar-se às concessões comuns e às concessões patrocinadas, a situação não é diferente no caso das concessões administrativas, uma vez que foi afastada a aplicação da Lei nº 8.666/93 desta modalidade de concessão, nestes termos: “Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.” (Lei nº 11.079/04)

²⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello denomina esta causa de desequilíbrio como fato do príncipe, que consiste no impacto contratual decorrente de atuações administrativas fora do escopo contratual: “A teoria do *fato do príncipe* afirma este mesmo direito do contratado nos casos em que o Poder Público, no uso de prerrogativas alheias à sua qualidade de contratante, adota medidas que desbalanceiam o equilíbrio contratual originalmente estipulado.” *Curso de direito administrativo*. Op. Cit. P. 653.

²¹ “O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica da contratante., mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o mero uso de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op Cit. P. 658

“[...] § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.”

Além do desequilíbrio contratual em decorrência de *fato do príncipe*, Celso Antônio Bandeira de Mello ainda defende o desequilíbrio em razão do *descumprimento contratual*, também denominado como *fato da administração*, até porque seria inaceitável que qualquer prejuízo, sofrido pelo contratado, em razão dessa ação não viesse a ser recomposto. Apesar de na Lei nº 8.666/93 não ter sido expressamente prevista referida causa de desequilíbrio, como o Código Civil - Lei nº 10.406/02 deve ser aplicado subsidiariamente aos contratos administrativos, nos termos do artigo 54 da supracitada lei²², extrai-se do artigo 389 do Código Civil que, no caso de inadimplemento contratual, o devedor deve ser responsabilizado por perdas e danos acrescidos de juros e atualização monetária²³. Resta comprovado, assim, o fundamento jurídico-positivo da causa de desequilíbrio pelo fato da administração.

Na Lei nº 8.666/93 ainda foi prevista a causa de desequilíbrio em razão da *desvalorização da moeda*²⁴, o que deve ser recomposto por meio da aplicação de índices de reajuste, conforme será mais bem detalhado a seguir. Da mesma forma, nas Leis nº 8.987/95²⁵ e 11.079/04 exigiu-se a previsão de índices de reajuste nas concessões.

Uma vez analisadas as causas de desequilíbrio econômico-financeiro das concessões, enfrentaremos os mecanismos que devem ser utilizados para *identificar, quantificar e recompor* o equilíbrio econômico-financeiro.

²² “Art.54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

²³ “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

²⁴ “Art. 65 [...] § 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.”

²⁵ “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...]IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;” (Lei nº 8.987/95);
 “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;” (Lei nº 11.079/04)

1.4. Mecanismos de identificação e de quantificação do desequilíbrio econômico-financeiro

De nada adianta a positivação do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos se não tivessem sido previstos os mecanismos por meio dos quais seria possível *identificar e quantificar* o desequilíbrio desses contratos e *recompor* seu equilíbrio.

Como nosso objeto de estudo corresponde ao mapeamento de patologias nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões, a opção pela divisão entre etapas de *identificação, quantificação* (fase de instrução) e *recomposição do equilíbrio* econômico-financeiro pode nos ajudar a identificar, sobretudo, as *medidas de reparação dos danos decorrentes das patologias*²⁶.

1.4.1. Processo de aplicação de Reajuste

No âmbito do processo de aplicação de *reajuste*²⁷ é possível *identificar, quantificar e recompor a desatualização financeira da remuneração do contratado*²⁸, em decorrência da inflação ou da deflação. Para calcular esse valor, aplicam-se índices oficiais, como é o caso do IGP-M²⁹, IPCA³⁰, INPC³¹, entre outros.

²⁶ Vide Capítulo 4.

²⁷ “O reajuste diz respeito a alterações ditas nominais, que visam a preservar o valor real da tarifa em vista do fenômeno inflacionário (ou deflacionário). [...]” MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)*. Op. Cit. P. 356.

Complementando os apontamentos do jurista paranaense, destaca-se uma lição de Arnaldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald: “a tarifa resultante de reajuste é a mesma tarifa anterior, não significando o reajuste um aumento, nem importando fixação de nova tarifa.” *O direito de parceria e a lei de concessões*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 195.

²⁸ No que diz respeito aos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, como nesta lei foram positivadas diversas espécies cuja duração é inferior a um ano, como é o caso de compras, alienações, ou, eventualmente, até obras de pequeno porte, observa-se que o reajuste estará restrito aos contratos cuja duração seja superior a um ano, até porque esse período foi estimado no artigo 70 da lei nº 9.069/95, nestes termos: “Art. 70. A partir de 1º de julho de 1994, o reajuste e a revisão dos preços públicos e das tarifas de serviços públicos far-se-ão: I - conforme atos, normas e critérios a serem fixados pelo Ministro da Fazenda; e II - anualmente. (Lei nº 9.069/95).”

Observa-se, no entanto, que o período anual nos contratos de concessão não corresponde necessariamente com o ano civil, mas sim com o ano de concessão, cujo termo de início diz respeito à data de assinatura do contrato ou à data do recebimento do termo de transferência.

²⁹ Índice Geral de Preços do Mercado.

³⁰ Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo.

³¹ Índice Nacional de Preços ao Consumidor.

É indicado que o índice de reajuste adotado reflita a cesta de produtos do setor referente ao objeto da concessão³², de modo que o INPC, por exemplo, reflete alterações nos custos inerentes à construção civil³³.

Em alguns contratos, inclusive, ao invés de se trabalhar apenas com um índice, são propostas *fórmulas paramétricas*³⁴, compostas por diversos índices financeiros para refletir com mais precisão os impactos da alteração da moeda nos insumos que são objetos da concessão.

Há, ainda, outro modelo de cálculo de reajuste em que são inseridos *fatores de ganho de produtividade*. Neste caso, são criadas *fórmulas paramétricas* não apenas com a previsão de índices financeiros setoriais, mas também de *fatores redutores* (fator X) para o cálculo da remuneração da concessionária com o compartilhamento de produtividade com o usuário e com o poder concedente³⁵.

Como as concessões têm duração de longo prazo, é fundamental a especificação, na minuta de contrato de concessão, dos *índices* ou das *fórmulas paramétricas* para o cálculo de

³² “Como deve ser feita a escolha de um índice ou fórmula de reajuste? Existe uma fórmula ou índice-padrão a ser aplicado? A escolha do índice ou fórmula de reajuste é material a ser disciplinada pelo próprio poder concedente, avaliando as peculiaridades do serviço objeto de concessão. Torna-se necessário, contudo, que a escolha recaia sobre critérios que reflitam a variação monetária dos insumos que tenham efetivo impacto nos custos de prestação do serviço; vale dizer, que tenham influência comprovada no equilíbrio econômico-financeiro do respectivo contrato de concessão.” ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Tarifa nas concessões*. Op. Cit. P. 182.

³³ Nesse sentido, vide: “Art. 40 [...] XI - *critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção*, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;” – Lei nº 8.666/93 (grifo nosso)

³⁴ Confira-se nesse sentido a cláusula 7.3 do Contrato de Concessão Patrocinada da Linha 18 do Metrô de São Paulo: “7.3 A CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA será reajustada anualmente, por meio do reajuste do Preço Unitário Mensal por Estação Operacional (PUB), descrito no item 6.1.2.2 deste CONTRATO, nos termos da Lei Federal nº 9.069, de 29 de junho de 1995, tendo como referência a data base de ___/___/___ (mês de apresentação da proposta comercial), pela aplicação da seguinte fórmula paramétrica:

$$PUBr = PUBo \times [0,50 \times (IPC / IPCo) + 0,50 \times (IGP-M / IGP-Mo)]$$

Sendo:

PUBr=Preço Unitário da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA da CONCESSÃO reajustada;

PUBo = Preço Unitário da Contraprestação Pecuniária da CONCESSÃO na data base de ___/___/___ (mês de apresentação da Proposta Comercial);

IPC = Índice de Preços ao Consumidor da Fundação Instituto de Pesquisas Econômica -FIPE/USP, referente ao mês anterior ao da aplicação do reajuste;

IPCo = Índice de Preços ao Consumidor da Fundação Instituto de Pesquisas Econômica -FIPE/USP, referente ao mês anterior da data base de ___/___/___ (data de apresentação da Proposta Comercial);

IGP-M = Índice Geral de Preços do Mercado, Código 200045, da Fundação Getúlio Vargas, referente ao mês anterior ao da aplicação do reajuste;

IGP-Mo = Índice Geral de Preços do Mercado, Código 200045, da Fundação Getúlio Vargas, referente ao mês anterior à data base de ___/___/___ (data de apresentação da Proposta Comercial).

³⁵ “[...] é possível nota rem alguns casos a adoção de verdadeiras fórmulas aritméticas, que levam em conta diversos fatores para a determinação de um percentual de reajuste de tarifas. Neste modelo, índices gerais de inflação são sopesados em relação a projeções de ganho de produtividade e redução de custos em função de economia de escala, entre outros. ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Tarifa nas concessões*. Op. Cit. P. 182.

reajuste para que os licitantes possam elaborar suas propostas econômicas, que será a base da equação econômico-financeira do contrato. Nesse sentido, tanto na Lei nº 8.987/95³⁶ como na Lei nº 11.079/04³⁷ foi determinada a previsão de índices de reajuste nos editais e nos contratos de concessão.

Em regra, o procedimento para aplicação de reajuste é bastante simples: anualmente³⁸, as concessionárias³⁹ realizam os cálculos necessários para aplicação do reajuste e os envia ao poder concedente⁴⁰, que deverá *homologar a atualização tarifária*⁴¹. Conforme será analisado no próximo item, a aplicação de reajuste também pode ser realizada no âmbito das revisões ordinárias, sistemática adotada pela ANTT nas concessões de rodovia.

Expostas as considerações sobre a identificação e quantificação do desequilíbrio em razão da desatualização financeira da remuneração da concessionária, passemos à análise dos processos de revisão.

³⁶ “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: [...] VIII - *os critérios de reajuste e revisão da tarifa;*” (grifo nosso)

“Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] V - ao preço do serviço e aos *critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;*” (grifo nosso)

³⁷ “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] IV – as formas de remuneração e de *atualização dos valores contratuais;*”

³⁸ “Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.” (Lei nº 9.069/95)

³⁹ Este procedimento corresponde à regra prevista na Lei nº 8.987/05. Na Lei nº 11.079/04 há um regime específico de aplicação de reajuste que será analisado no item 3.2.

⁴⁰ Vide nesse sentido a cláusula 25 do contrato de concessão nº 002/ARTESP/2009:

“CLÁUSULA 25. - REAJUSTAMENTO DA TARIFA DE PEDÁGIO

25.1. O valor da Base Tarifária será reajustado com periodicidade anual, sem prejuízo da possibilidade de redução desse prazo, nos termos do inciso III do §3º e §5º do artigo 28, conjugados com o § 1º do artigo 70 da Lei nº 9.069 de 29 de junho de 1.995, ou de ampliação do mesmo prazo, por força de instituto legal superveniente, de acordo com os critérios, fórmula e datas constantes do ANEXO XVII - Estrutura Tarifária.

25.1.1. O valor base para o cálculo será aquele que efetivamente resultou da aplicação da fórmula de reajustamento no período anterior.

25.2. As Tarifas de Pedágio decorrentes da Base Tarifária reajustada serão recalculadas de acordo com o disposto no ANEXO XVII - Estrutura Tarifária.

25.2.1. As Tarifas de Pedágio que resultarem da aplicação do reajustamento serão cobradas dos usuários do SISTEMA RODOVIÁRIO com duas casas decimais.

25.3. A CONCESSIONÁRIA deverá comunicar à CONTRATANTE, até 20 (vinte) dias antes da data prevista para o reajustamento, as novas Tarifas de Pedágio que, por força da aplicação dos critérios, procedimentos, fórmula e datas definidos no ANEXO XVII - Estrutura Tarifária, pretende aplicar no período seguinte.

25.3.1. As alterações da Base Tarifária decorrentes da entrada em operação de ampliações deverão ser solicitadas pela CONCESSIONÁRIA com 40 (quarenta) dias de antecedência.” Contrato de concessão disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/transparencia-editais-e-contratos-de-concessao.html>. Acesso em 15 de dezembro de 2016.

⁴¹ “Art. 29. Incumbe ao poder concedente: [...] V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;” (Lei nº 8.987/95)

1.4.2. Processos de Revisão

No âmbito dos processos de revisão, é possível *identificar, quantificar e recompor* desequilíbrios que não sejam passíveis de recomposição por meio da aplicação de índices de reajuste.

No processo de revisão deverão ser realizados estudos técnicos em que se considerem *a proposta inicialmente apresentada* pela concessionária e o *evento* que causou o desequilíbrio, sendo que a conclusão a que se pode chegar pode ser pelo desequilíbrio contratual em desfavor da concessionária, em desfavor do poder concedente, ou, ainda, pela não afetação da equação econômico-financeira⁴².

É indispensável que a *identificação, quantificação e a recomposição* do desequilíbrio visem à *manutenção do projeto concessório em si*⁴³ e não ao benefício de uma das partes dessa relação, sob pena de a execução contratual ficar prejudicada. É importante que o processo de revisão seja conduzido tendo por objetivo a *higidez e a estabilidade das concessões*⁴⁴, o que corresponde a um dos objetivos *macro* do nosso estudo.

Nas concessões, em que o prazo de execução contratual é de longa duração, podem ser previstos processos de revisão *ordinária*⁴⁵ e *extraordinária*.

No caso da das *revisões ordinárias*, são estipulados *períodos, a priori*, em que deverá ser instaurado o processo de revisão visando a *alterações no cronograma de investimentos*; à *aplicação de reajuste*, assegurando, também, o saudável acompanhamento da atualidade de parâmetros técnicos⁴⁶. Em regra, quando há previsão de revisões ordinárias, já é tipificado o rol

⁴² O limite da revisão decorre do artigo 10º da Lei nº 8.987/95: “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

⁴³ Nos contratos de concessão em que há cobrança de tarifas, existe o risco de o poder concedente optar por não conceder reajuste ou não reequilibrar adequadamente o contrato, valendo-se da argumentação de que o aumento das tarifas é prejudicial aos usuários. Conforme veremos adiante, há outros mecanismos para recomposição do desequilíbrio, de modo que, ainda que o poder concedente opte por não aumentar as tarifas, deve assegurar o reequilíbrio contratual de outra forma.

⁴⁴ “[...] o importante é a preservação do projeto concessório: a revisão não é instrumento de incremento dos lucros do concessionário, nem meio de defesa do consumidor e muito menos forma de implementar políticas públicas populistas. Todos aqui têm interesse de curto prazo: o governo (a eleição); o investidor (o máximo lucro no mais curto tempo); os consumidores (a tarifa mais barata em face do melhor serviço). Mas o que está em jogo não é o interesse pessoal de cada um desses agentes, e sim a estabilidade das instituições e a eficiência dinâmica do projeto.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. Op. Cit. P. 360.

⁴⁵ Na ampla maioria dos processos de revisão ordinária, a entidade reguladora também aplica o índice de reajuste.

⁴⁶ Algumas agências, como é o caso da ANTT, instauram revisões ordinárias tendo por objetivo revisar e atualizar determinados parâmetros contratuais. Neste caso, o período de revisão tende a ser mais espaçado, de 5 (cinco) anos, o que justifica a denominação de *revisões quinquenais*.

Sobre os limites das revisões quinquenais instauradas pela ANATEL no bojo dos contratos de concessão de telefonia fixa – STFC, sugerimos a seguinte leitura: SUNDFELD, Carlos Ari. A revisão ordinária do contrato de

de matérias passível de análise nesses processos, como é caso da ANTT, que editou a Resolução nº 675/04⁴⁷ disciplinando as revisões ordinárias das concessões de rodovias federais.

Os processos de *revisão extraordinária*, por sua vez, devem ser instaurados para *identificar, quantificar e recompor* desequilíbrios cujas causas não tenham sido previstas no rol das revisões ordinárias, sendo que, em alguns contratos em que haja previsão de revisão ordinária, o poder concedente tende a apreciar esses processos de maneira conjunta⁴⁸.

Apresentadas noções sobre os processos de revisão de concessões, passemos a analisar os mecanismos que devem ser aplicados para recompor o equilíbrio econômico-financeiro.

1.5. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

1.5.1. Introdução

Da mesma forma que os eventos que provocam desequilíbrio contratual não são taxativos, conforme exposto no item 1.3 supra, os mecanismos de recomposição tampouco o são. Desde que tais mecanismos logrem a alteração de um dos componentes da equação econômico-financeira, não há que se falar em qualquer impedimento nesse sentido.

concessão e seus limites. In: *Direito administrativo contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 166-187.

⁴⁷ “Art. 2º Nas revisões ordinárias serão considerados:

I relativamente ao exercício fiscal anterior: a) as receitas complementares, acessórias ou alternativas à receita principal ou de projetos associados, com base nos valores faturados pela concessionária; b) os recursos para desenvolvimento tecnológico e verba de laboratório, conforme previsão contratual, quando não utilizados em projetos aprovados pela ANTT; c) criação, alteração e extinção de tributos ou de encargos decorrentes de disposições legais, de comprovada repercussão nos custos da concessionária; II as diferenças de receita, apuradas entre as datas contratualmente estabelecidas para o do reajuste do ano anterior e do presente, decorrentes de: a) aplicação, quando da concessão do reajuste anterior, do índice de reajuste tarifário provisório e do índice definitivo; b) arredondamento da tarifa do reajuste anterior, conforme previsão contratual; c) defasagem decorrente de eventual concessão de reajuste tarifário em data posterior ao contrato;

III as repercussões no cronograma financeiro decorrentes de: a) antecipações e postergações autorizadas ou inexecuções de obras e serviços previstos nos cronogramas anuais do Programa de Exploração; b) alterações no Programa de Exploração por inclusão, exclusão ou alterações de obras e serviços, autorizados pela ANTT, em caráter excepcional ou em regime de emergência.”

⁴⁸ É o caso dos contratos de concessão das rodovias federais, em que a ANTT, em regra aprecia conjuntamente as revisões ordinárias e as revisões extraordinárias. Como exemplo dessa situação, destaca-se a resolução nº 5.033/16 – ANTT: “A Diretoria da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, no uso de suas atribuições, fundamentada no Voto DSL - 032, de 3 de março de 2016, no que consta dos Processos nos 50500.080052/2015-83 e 50515.064079/2015-60 [...], resolve: Art. 1º Aprovar a 7ª Revisão Ordinária, que altera a Tarifa Básica de Pedágio - TBP de R\$ 3,27014 para R\$ 3,27296. Art. 2º Aprovar a 8ª Revisão Extraordinária, que altera a Tarifa Básica de Pedágio de R\$ 3,27296 para R\$ 3,49085. Art. 3º Aprovar o Reajuste que indicou o percentual positivo de 11,88% (onze inteiros e oitenta e oito centésimos por cento), correspondente à variação do IPCA no período, com vista à recomposição tarifária [...]” Disponível em: http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/9279/Rodovia_do_Aco.html#lista. Acesso: 29 de agosto de 2016.

Analisemos a seguir alguns dos mecanismos passíveis de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

1.5.2. Alteração da remuneração da concessionária

Um dos principais mecanismos de recomposição do equilíbrio contratual corresponde à alteração, *para mais ou para menos*, da remuneração do contratado. Nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, sem dúvida, este é o principal mecanismo utilizado para recompor o equilíbrio econômico-financeiro, até porque a remuneração decorrente nesses contratos advém integralmente do pagamento pelo poder público.

No caso de aplicação de *reajuste*, a remuneração da concessionária sofre uma alteração *nominal*⁴⁹, haja vista que o índice de reajuste visa apenas a atualizar o valor da moeda, de modo que a *tarifa* ou a *contraprestação* pecuniária serão aumentadas ou reduzidas de acordo com o referido índice.

A alteração decorrente dos processos de *revisão*, por sua vez, tem natureza *real*⁵⁰, uma vez que nos processos de revisão não se tem por objetivo a atualização da moeda, mas, sim, a recomposição da equação econômico-financeira decorrente de outros eventos que tenham impactado a equação econômico-financeira.

No caso das concessões comuns e patrocinadas, cuja remuneração é, em regra, majoritariamente, baseada na cobrança de tarifas, um significativo aumento tarifário pode *agravar o desequilíbrio*, nos casos em que o *risco de demanda* foi alocado à concessionária⁵¹, e dificultar o acesso ao serviço ou ao bem público concedido, o que é vedado pelo *princípio da modicidade tarifária*⁵².

⁴⁹ “[...] o reajuste tarifário é a forma de alteração do valor nominal da tarifa promovida com o intuito de preservar seu valor real em face da variação monetária ocorrida ao longo de determinado período de tempo. Mais que alterar concretamente o valor tarifário, o reajuste se propõe, na verdade, a preservar o referido valor, atualizando-o monetariamente durante o período de duração da concessão.” ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Tarifa nas concessões*. Op. Cit. P. 176

⁵⁰ “A revisão [...] representa mais um mecanismo de alteração do valor da tarifa. Ao contrário do reajuste, não se trata de mera atualização monetária, mas de verdadeira recomposição da relação contratual.” ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Tarifa nas concessões*. Op. Cit. P. 187.

⁵¹ “[...] Dependendo do regime jurídico previsto para a concessão, o risco pela variação de demanda em relação ao serviço delegado pode ser atribuído ao próprio concessionário ou ao poder concedente. Esta é uma definição de política regulatória a ser tomada pelo Poder Público.” ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Tarifa nas concessões*. Op. Cit. P. 191.

⁵² No tocante às concessões patrocinadas e administrativas, em que a remuneração do concessionário é parcialmente embasada em contraprestações pecuniárias, no primeiro caso; e, integralmente, no segundo, o fundamento de se evitar um aumento muito elevado das contraprestações encontra respaldo na *eficiência* (artigo 37, caput, CR): haveria uma outra forma capaz de recompor o desequilíbrio contratual sem que fosse necessário aumentar a contraprestação?

Referido princípio pode ser um óbice à instituição de tarifas exorbitantes, como também, um incentivo para instituição de *outras formas de remuneração*, ou de reequilíbrio, no caso⁵³. Nesse sentido, a depender da legislação setorial, é possível que, ao invés de aumentar a tarifa, sejam indicadas alterações nas *receitas acessórias, alternativas e de projetos associados*, como veremos a seguir.

Como o aumento das tarifas pode representar uma restrição ao serviço ou ao bem público concedido, é indispensável que esse mecanismo seja aplicado com extrema cautela.

A despeito de a alteração da remuneração do contratado, na maioria das situações, dar-se a maior, é evidente que ela também pode ser reduzida. Dois exemplos nesse sentido correspondem (i) aos *fatores de redução tarifária* e (ii) ao *desconto de reequilíbrio*.

Como já exposto no subitem 1.4.1, os fatores de redução tarifária (fator X) representam descontos ao índice de reajuste adotado. Com isso, busca-se o compartilhamento, com os usuários, do *ganho de produtividade da concessionária*, como forma de evitar a execução contratual ineficiente⁵⁴. Um exemplo de aplicação dessa metodologia corresponde ao contrato de concessão do aeroporto de Guarulhos⁵⁵.

⁵³ “Normalmente se dá destaque à função, por assim dizer, inibidora do princípio, no sentido de que, ao estipular a necessidade de cobrança de tarifas módicas, constitui uma barreira à instituição de valores que onerem em demasia o usuário de serviço público. Esta é uma das consequências relevantes produzidas por esta norma [...], mas não é a única.

Ao conferir ao usuário de serviço público o direito de pagar tarifas módicas, a lei, de modo indireto, acaba autorizando ao poder concedente que adote modelos tarifários que viabilizam o atingimento deste fim. Noutras palavras, para garantir a modicidade de tarifas é possível que o poder concedente lance mão de diversos instrumentos de política tarifária.” ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Tarifa nas concessões*. Op. Cit. P. 73.

⁵⁴ “O ganho de produtividade é incluído como um fator de redução de reajustes tarifários. Serve assim, para que o reajuste automático do contrato não se torne estímulo à ineficiência. A própria fórmula de cálculo de reajustes tarifários traz em si, dessa maneira, fator que permite que ela seja “ajustada”. São os chamados fatores redutores, nela embutidos, como o atinente ao compartilhamento de ganhos de produtividade do concessionário com os usuários dos serviços.” SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; ROSILHO, André. As cláusulas de reajuste nos contratos públicos e a segurança jurídica. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim (coord.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁵⁵ Vide nesse sentido as subcláusulas 6.5. a 6.13 do referido contrato: “6.5. Após o primeiro reajuste, as Tarifas previstas no Anexo 4 - Tarifas serão reajustadas anualmente pelo IPCA, tendo como referência a data do último reajuste, observando-se a seguinte fórmula: $P_t = A_t + B_t$ Para $t=2$, tem-se que $A_t = P_{t-1} \times (IPCA_t / IPCA_{t-1}) \times (1 - X_t)$ e $B_t = A_t \times (-Q_t)$ Para $t > 2$, tem-se que $A_t = A_{t-1} \times (IPCA_t / IPCA_{t-1}) \times (1 - X_t)$ e $B_t = A_t \times (-Q_t)$ onde: P_t corresponde às Tarifas previstas no Anexo 4 – Tarifas; A_t é o componente que incorpora o índice de inflação e os efeitos do fator X; B_t é o componente que incorpora os efeitos do fator Q; $IPCA_t$ é o índice referente ao IPCA do mês anterior ao reajuste; X_t é o fator de produtividade a ser definido, nos termos do Contrato, conforme metodologia a ser estabelecida em regulamento da ANAC, previamente submetida à discussão pública; Q_t é o fator de qualidade dos serviços, conforme disposto no Anexo 2 - Plano de Exploração Aeroportuária. 6.5.1. As Tarifas referentes à atividade de armazenagem e capatazia não serão submetidas à aplicação dos fatores X e Q. 6.6. O fator X poderá afetar de forma positiva ou negativa o resultado do reajuste anual dependendo da evolução das variáveis associadas à produtividade e eficiência da indústria aeroportuária e/ou do Aeroporto. 6.7. A determinação da metodologia de cálculo do fator X deverá ser orientada pelos ganhos observados e potenciais de produtividade da indústria aeroportuária relevante e/ou do Aeroporto. 6.8. A base de dados utilizada para o cálculo da produtividade poderá conter dados referentes ao movimento de

No caso de redução tarifária pela aplicação de *desconto de reequilíbrio*, a situação é diferente. A finalidade desse instituto corresponde à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em razão de exclusão de investimentos, ou de *prorrogações do cronograma físico-financeiro*. A ideia do referido instituto é reduzir proporcionalmente a tarifa em relação aos investimentos que tenham sido excluídos ou prorrogados, como forma de evitar um acúmulo de capital em favor da concessionária. Esse instituto foi previsto nos contratos de concessão de rodovias federais da 2ª e da 3ª etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – PROCROFE⁵⁶.

Da mesma forma que a alteração da tarifa ou da contraprestação pecuniária pode ser um efetivo mecanismo de reequilíbrio, a alteração das *receitas acessórias, alternativas e de projetos associados* não é diferente. Um exemplo dessas receitas corresponde à cobrança pela ocupação de um novo duto na faixa de domínio de uma concessão de rodovia⁵⁷, ou, eventualmente, à cobrança pelo uso de um terreno público, anexo a uma estação de trem ou metrô⁵⁸, para construção de um centro comercial. Referidas receitas podem ser utilizadas como mecanismo de recomposição do equilíbrio contratual.

Da mesma forma que o aumento das tarifas impacta diretamente no fluxo de caixa da concessão, o aumento das receitas acessórias, alternativas e de projetos associados não será diferente, proporcionando o reequilíbrio *econômico e financeiro* do contrato.

passageiros, pouso de aeronaves, peso máximo de decolagem, número de trabalhadores, receitas, investimentos, custos operacionais, entre outros.

6.9. O fator X da fórmula acima será aplicado de forma diferenciada durante os primeiros anos da Concessão, conforme previsto no Anexo 11 – Fator X.

6.10. Por ocasião das Revisões dos Parâmetros da Concessão, os Indicadores de Qualidade do Serviço, assim como a metodologia de cálculo do fator Q, poderão ser revistos pela ANAC, após audiência pública, com vistas a criar incentivos para melhoria da qualidade dos serviços prestados, a ser aplicado a cada reajuste tarifário até a próxima Revisão dos Parâmetros da Concessão.

6.11. O fator Q da fórmula acima será aplicado de forma diferenciada durante os primeiros anos da concessão, conforme previsto no PEA.

6.12. O fator Q poderá afetar de forma positiva ou negativa o resultado do reajuste anual dependendo do desempenho apresentado pela Concessionária no que se refere à qualidade do serviço.

6.13. Os reajustes serão implementados, conforme o disposto no Contrato, e homologados pela ANAC mediante publicação no Diário Oficial da União.” Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/GRU-VCP-BSB/>. Acesso em: 27 de novembro de 2016.

⁵⁶ Para ilustrar o instituto do desconto de reequilíbrio, vide nota técnica elaborada pela ANTT no âmbito de processo de revisão: http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/9279/Rodovia_do_Aco.html.

⁵⁷ Sobre o tema, vide a Resolução ANTT nº 2.552/ 2008. Disponível em: http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/3552/Resolucao_n_2552.html. Acesso em: 07 de agosto de 2016. Para aprofundamento no tema: MARQUES NETO, Floriano; ZAGO, Marina Fontão. Utilização das faixas de domínio por concessionária de rodovias federais. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mar. 2011. Disponível em: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=72153. Acesso em: 07 de agosto de 2016.

⁵⁸ Os shoppings Tatuapé, Boulevard Tatuapé, Santa Cruz, Tucuruvi e Itaquera são exemplos de projetos associados entre a iniciativa privada e a Companhia do Metrô de São Paulo, o que incentiva a redução tarifária. Para mais informações, vide: <http://www.metro.sp.gov.br/metro/negocios/empreendimentos/immobiliarios.aspx>. Acesso em: 07 de agosto de 2016.

Analizados os aspectos concernentes à alteração da remuneração da concessionária, passemos a enfrentar a recomposição do equilíbrio mediante alteração das obrigações contratuais.

1.5.3. Alteração de obrigações contratuais⁵⁹

Assim como a alteração da remuneração da concessionária pode ser um efetivo mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a alteração das obrigações contratuais caminha no mesmo sentido. É verdade que, normalmente, a alteração dessas obrigações tende a ser vista como *causa de desequilíbrio* e não como *mecanismo de recomposição*, e, de fato, é isso que ocorre em regra. Todavia, em determinadas situações é possível que a alteração obrigacional corresponda a um mecanismo de recomposição de equilíbrio contratual. Isso se dá porque, dentre as formas de recomposição do *equilíbrio contratual*, figura a alteração da *remuneração* e das *obrigações contratuais*.

Diante de um evento ensejador de alteração contratual, é juridicamente viável a recomposição da equação econômico-financeira mediante alteração contratual, até porque o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos está lastreado não apenas *remuneração* do contratado, mas também nas suas *obrigações*, que representam os encargos.

Necessário, no entanto, fazer uma ressalva: apesar de na Lei nº 8.987/95 não terem sido especificadas as condicionantes para alteração dos contratos de concessão, é evidente que sempre se deve atentar para que tais alterações não comprometam a finalidade da concessão, que, no caso das concessões de serviço público, corresponde à prestação de *serviço público adequado*⁶⁰. Nesse sentido, desde que não comprometa a finalidade contratual, é possível utilizar a alteração contratual como mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Vale observar que as alterações contratuais podem, eventualmente, recair sobre a *taxa de fiscalização das concessões*.

⁵⁹ É verdade que boa parte dos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro enseja alteração contratual. No entanto, para fins didáticos, optamos por atribuir uma acepção estrita a este mecanismo de recomposição, no sentido de restringi-lo apenas a alterações quantitativas e qualitativas referentes às obrigações intrinsecamente relacionadas à execução do objeto contratual, de modo que a redução da taxa de fiscalização, a dilatação de prazo e outros mecanismos que possam ensejar alteração contratual serão tratados separadamente.

⁶⁰ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. [...]” (Lei nº 8.987/95)

Muitas concessões vigentes são reguladas e fiscalizadas por agências reguladoras, de modo que uma parte da receita dessas entidades decorre da cobrança de *taxa de fiscalização* das concessionárias. Como essas verbas têm *natureza contratual*⁶¹ e *não tributária*⁶², é possível que a agência reguladora opte por reduzir o valor dessa taxa, como forma de diminuir imediatamente os custos da concessionária e, conseqüentemente, recompor o equilíbrio contratual.

Para elucidar essa questão, vale a pena trazer à baila o exemplo da recomposição dos contratos de concessão de rodovia do Estado de São Paulo no ano de 2013.

Como a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP não aplicou o reajuste da tarifa em 2013⁶³, um dos mecanismos utilizados para recompor o equilíbrio desses contratos foi, justamente, a redução pela metade da taxa de fiscalização⁶⁴.

Observa-se, no entanto, que, neste caso, também se deve atentar à preservação da finalidade da concessão: caso a redução da taxa de fiscalização implique em uma fiscalização deficitária da concessão, tal alteração deve ser obstada.

⁶¹ Justamente pelo fato de a taxa de fiscalização ter natureza contratual, optamos por alocar esse mecanismo de recomposição como uma espécie de alteração contratual.

⁶² No artigo 145, II, da Constituição da República, o poder público foi autorizado a instituir taxas em razão do poder de polícia, que têm natureza tributária, nestes termos: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do *exercício do poder de polícia* ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;” (grifo nosso)

Neste caso, não há que se falar em exercício de poder de polícia, mas sim em relação especial de sujeição, haja vista que não se trata de uma relação geral a que todos os administrados se submetem, mas sim de uma relação contratual, a que a concessionária optou por se submeter. Sobre a distinção entre poder de polícia e relação especial de sujeição, vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op Cit.. PP. 842-847.

⁶³ Para mais informações sobre este episódio, vide item 2.2.

⁶⁴ Confira-se, nesse sentido, a seguinte deliberação do Conselho Diretor da ARTESP: “Visto, relatado e discutido o assunto tratado nos autos do processo Artesp nº 015.147/2013 (Protocolo n.º 234.316/13), o Conselho Diretor da ARTESP, no uso de suas atribuições legais, diante dos elementos de instrução do feito, que fundamentam a presente, DELIBERA nos seguintes termos: *AUTORIZA o não recolhimento de 1,5% da outorga variável [taxa de fiscalização] referentes aos meses de julho, agosto e setembro de 2013* para atender o propósito da deliberação do Conselho Diretor em sua 5ª Reunião Extraordinária de 24/06/2013, publicada no Diário Oficial do Estado em 27/06/2013. A apropriação de 1,5% do ônus variável deverá, neste íterim, ser formalizada por Termo Aditivo Modificativo Específico, como previsto no Contrato de Concessão original e legislação respectiva. Tudo conforme a instrução dos autos, especialmente os pronunciamentos da Assessoria de Projetos Especiais resultante no Despacho FD DGR 21418/13 (fls.104/106) e Parecer exarado em 17/07/2013 pela Procuradoria Geral do Estado – Subprocuradoria – área da Consultoria Geral.” (grifo nosso). Disponível em: [http://www.artesp.sp.gov.br/Media/Default/ReunioesConselho/Documento/548%C2%AA%20Reuni%C3%A3o%20-%202002%20-%20H%20-%20Delibera%C3%A7%C3%A3o%20-%20Proc.%20Artesp%20n%C2%BA%20%20015.147.2013%20\(Reajuste%20Tarif%C3%A1rio%201,5%25\)do-c-3.pdf](http://www.artesp.sp.gov.br/Media/Default/ReunioesConselho/Documento/548%C2%AA%20Reuni%C3%A3o%20-%202002%20-%20H%20-%20Delibera%C3%A7%C3%A3o%20-%20Proc.%20Artesp%20n%C2%BA%20%20015.147.2013%20(Reajuste%20Tarif%C3%A1rio%201,5%25)do-c-3.pdf). Acesso em 27 de novembro de 2016.

Concluída a análise da alteração das obrigações contratuais como mecanismos de recomposição, passemos a nos debruçar sobre a hipótese de dilação de prazo da concessão como hipótese de recomposição.

1.5.4. Dilação de prazo

Além da alteração da remuneração e das obrigações contratuais, a recomposição do equilíbrio pode-se dar, ainda, por meio da *dilação do prazo contratual*.

Nos primeiros anos de uma concessão, a concessionária realiza robustos investimentos, para, posteriormente, mediante *exploração* do serviço ou do bem público concedido, lograr a amortização do capital investido. Nesse sentido, a *dilação do prazo da concessão* proporciona mais tempo de exploração contratual, e, conseqüentemente, permite um maior período para amortização do capital investido⁶⁵.

Este mecanismo de recomposição é interessante porque não onera os usuários nem o erário, uma vez que a recomposição decorre da própria exploração contratual. Pontua-se, no entanto, que a utilização irrestrita deste mecanismo também não é adequada. Note-se que a prorrogação de um contrato de concessão, além de frustrar uma eventual licitação, pode manter as tarifas mais elevadas⁶⁶.

Além dessas situações, como a dilação de prazo apenas proporciona *reequilíbrio econômico, mas não financeiro*, tal mecanismo, a princípio, não poderia ser aplicado no caso de alteração unilateral, por força do artigo 9º, parágrafo 4º da Lei nº 8.987/95⁶⁷.

Apresentadas as considerações a respeito da recomposição mediante prorrogação contratual, passemos ao estudo do reequilíbrio mediante pagamento de indenização do poder concedente.

⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello expõe que “a extensão do prazo [...] como fórmula substitutiva da elevação de tarifas [...] pode ser efetuada ainda quando haja no contrato genérica vedação de prorrogação do termo de concessão, pois dita interdição, à toda evidência, não se propõe a obstá-la na específica hipótese em questão.” Parecer sobre prorrogação de prazo. In: *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. organizador André Castro Carvalho. - São Paulo : MP Ed., 2009.

⁶⁶ Isso não é uma regra absoluta, até porque isso dependerá da quantidade de investimentos prevista nos contratos de concessão. Recentemente, no entanto, com a nova concessão da Ponte Rio-Niteroi - BR-101/RJ, percebeu-se uma significativa redução da tarifa: na vigência do antigo contrato de concessão (PG-154/94-00 – disponível em: http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/9314/Ponte_Presidente_Costa_e_Silva.html - acesso em 27 de novembro de 2016), a tarifa cobrada era de R\$ 5,20, ao passo que, com a celebração do novo contrato de concessão (01/2015 – disponível em <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/39675/Ecoponte.html> - acesso em 27 de novembro de 2016), a tarifa foi reduzida para R\$ 4,00.

⁶⁷ “Art. 9º [...] § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

1.5.5. Indenização por parte do poder público

O reequilíbrio econômico-financeiro também pode se dar mediante pagamento de *indenização* por parte do poder público, o que pode decorrer de *verbas orçamentárias* ou de *execução de garantia prestada por fundo garantidor ou de empresa estatal*, no caso das concessões patrocinadas e administrativas.

Para levar a cabo a aplicação de verbas do orçamento como mecanismo de recomposição, necessita-se de autorização legal, nos termos do artigo 167⁶⁸, incisos II, V e VI, da Constituição da República, o que pode, ao menos, dificultar sua aplicação.

Conquanto não haja qualquer disposição legal no sentido de se observar uma ordem de preferência nos mecanismos de recomposição, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo firmou entendimento no sentido de que se deveria dar preferência aos mecanismos de recomposição que não onerem o usuário ou o erário, nestes termos:

“Em suma, o Poder Concedente pode e deve buscar outras formas para recompor a equação econômico-financeira dos contratos de concessão [...]. Para tanto, recomenda-se a utilização de instrumentos internos à própria concessão, a exemplo da compensação com o valor devido mensalmente a título de outorga.⁶⁹”

Conforme demonstrado, na hipótese de não ser possível a aplicação de mecanismos de recomposição que não onerem os usuários ou o erário, a aplicação de verbas do orçamento público passa a ser uma possibilidade, desde que haja autorização legal para tanto.

Além das verbas orçamentárias, a indenização pelo poder concedente ainda pode ser adimplida por meio de garantia prestada por fundo garantidor e empresa estatal, nos termos da Lei nº 11.079/04⁷⁰, que têm por objetivo lastrear as obrigações de natureza pecuniária do poder concedente no âmbito das parcerias público-privadas, como medida de trazer segurança jurídica à execução desses contratos⁷¹. Na hipótese de descumprimento contratual por parte do poder

⁶⁸ “Art. 167. São vedados: [...] II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; [...] V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; [...]”

⁶⁹ Parecer GPG 015/2002. Processo administrativo nº 006.007/06. P. 91-106.

⁷⁰ “Art. 8o As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: [...] V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;”

⁷¹ Exploraremos com maiores detalhes, no capítulo 4, as exigências legais para criação do fundo garantidor, bem como suas características. Nesta oportunidade, analisaremos a viabilidade de se utilizar o fundo garantidor visando à reparação de desequilíbrios contratuais decorrentes de patologias.

concedente, em virtude de não pagamento de suas obrigações pecuniárias, o parceiro privado tem o direito de executar tal garantia, que lhe ressarcirá a quantia devida, recompondo, deste modo, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Pelo exposto, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de indenização do poder concedente pode advir tanto de indenização decorrente de verbas orçamentárias, como de garantia prestada por fundo garantidor e por empresa estatal, no caso de parcerias público-privadas.

1.5.6. Outros mecanismos

Como o rol exposto anteriormente não é exaustivo, ainda é possível a utilização de outros mecanismos para recompor a equação econômico-financeira dos contratos de concessão.

No âmbito dos contratos de parcerias público-privadas, as obrigações pecuniárias assumidas pelo poder público também podem ser garantidas mediante seguro e garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo poder público⁷². Assim, tais mecanismos também representam mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Um outro exemplo curioso de mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro corresponde ao primeiro aditivo ao contrato⁷³ do Polo de Concessão Rodoviária de Pelotas⁷⁴, em que o então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER anuiu com a cobrança bidirecional do pedágio como mecanismo de recomposição do equilíbrio contratual⁷⁵. Com este termo aditivo, houve um aumento de arrecadação, elevando-se, deste modo, a remuneração da concessionária, e, conseqüentemente, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro.

Por todo o exposto, desde que outros mecanismos de recomposição atendam aos requisitos legais e contratuais, e proporcionem, de fato, o reequilíbrio da equação econômico-financeira, é plenamente possível a sua utilização.

⁷² “Art. 8º [...] III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;” (Lei nº 11.079/04)

⁷³ Contrato nº 013/00 – MT (PJ/CD/215/98) – Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/9645/ECOSUL.html#lista>. Acesso em: 13 de agosto de 2016.

⁷⁴ Referido polo é integrado pelas seguintes rodovias: BR-116 – Trecho Pelotas – Camaquã; BR -116 – Trecho Pelotas – Jaguarão; BR – 392 – Trecho – Pelotas Santana da Boa Vista; BR – 293 – Pelotas – Bagé.

⁷⁵ “Cláusula 5.2.1. a) A CONTRATADA fica autorizada a adotar o sistema de cobrança bidirecional em todas as praças de pedágio do POLO DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA DE PELOTAS;”

1.6. Conclusões Parciais

Nos termos demonstrados acima, adotamos como conceito de equilíbrio econômico-financeiro *a relação de fato estabelecida entre os encargos e a remuneração da concessionária*, o que incorpora tanto a *desatualização da moeda*, como eventuais *alterações reais* na remuneração e nos encargos da concessionária.

Apesar de o equilíbrio econômico-financeiro ter sido regulado no âmbito da legislação infraconstitucional, especificamente das Leis nº 8.666/93 e 8.987/95, o seu fundamento jurídico decorre da Constituição da República, no caso, do artigo 37, inciso XXI.

Todo evento que ensejar a alteração da equação econômico-financeira em descompasso com os riscos contratuais deve ensejar o reequilíbrio contratual. Alguns exemplos: alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente; aumento de tributos; descumprimento contratual por parte do poder concedente, entre outros.

Diante da ocorrência de uma causa de desequilíbrio, deve-se proceder à identificação e à quantificação do suposto desequilíbrio mediante a instauração de *processos administrativos para aplicação de reajuste*, no caso de desatualização do valor da moeda; e de *processos de revisão* para as demais causas de desequilíbrio.

A *recomposição do equilíbrio econômico-financeiro*, que será realizada na última etapa desses processos, dá-se por meio da aplicação de qualquer medida que altere a relação entre encargos e remuneração da concessionária, como é o caso do aumento de tarifas; da alteração do prazo contratual; da indenização por parte do poder concedente, dentre outras.

Apresentadas diretrizes de como deve ser um processo de reequilíbrio econômico-financeiro, passemos a analisar as principais patologias que podem ocorrer nesses processos.

CAPÍTULO 2 – MAPEAMENTO DAS PATOLOGIAS NOS PROCESSOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES

Analisaremos, neste capítulo, algumas *patologias*⁷⁶ que podem ocorrer nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões. Para isso, inicialmente, enfrentaremos as patologias referentes à etapa de *instrução* dos processos administrativos de reequilíbrio, em que se dá a *identificação* e a *quantificação* do desequilíbrio, para, posteriormente, nos debruçarmos sobre as patologias incidentes na fase de *recomposição*.

A divisão proposta justifica-se pela análise que será feita posteriormente para as medidas que podem ser adotadas para *prevenir* as patologias e para *reparar* seus efeitos. Note-se que no caso das patologias inerentes à etapa de instrução não há certeza ou liquidez do impacto econômico-financeiro, de modo que as medidas a serem adotadas devem focar nesse aspecto. Por outro lado, como na etapa de recomposição o desequilíbrio já foi identificado e quantificado, são necessárias medidas que possam levar a cabo a recomposição da equação econômico-financeira propriamente dita.

2.1. Patologias nas etapas de instrução dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro

As principais patologias que podem ocorrer na etapa de *instrução dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro* correspondem: (i) à *alteração unilateral de índice de reajuste sem o concomitante reequilíbrio*; (ii) à *quantificação equivocada do desequilíbrio contratual*; e (iii) à *mora na condução dos processos de reequilíbrio*. Para ilustrar referidas patologias, exploraremos exemplos concretos⁷⁷, ou, diante da inexistência desses exemplos, procuraremos criar um contexto para simular essas situações.

2.1.1. Alteração unilateral de índice de reajuste sem o concomitante reequilíbrio

⁷⁶ Para todos os fins, consideraremos patologias como sendo *descumprimentos, por parte do poder concedente ou do agente regulador, de regras inerentes a processos de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão* que ensejam *atrasos no trâmite processual*; que obstam a recomposição do equilíbrio; e que, conseqüentemente, agravam o desequilíbrio.

⁷⁷ Com os casos concretos, pretendemos apenas e tão somente ilustrar espécies de patologia nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões. A alusão a esses casos não tem por objetivo extrair o posicionamento de agências reguladoras ou mesmo do judiciário sobre essa matéria. Para isso, seria necessária uma vasta pesquisa quantitativa de acordo com uma rigorosa metodologia.

A depender do contexto, algumas patologias podem se encaixar a mais de uma categoria proposta. Nesse sentido, destacamos que a divisão proposta tem fins didáticos, e não necessariamente será totalmente estanque nos casos concretos.

Conforme exposto no item 1.4.1, devem constar no contrato de concessão os parâmetros para cálculo do reajuste e, se for o caso, os parâmetros para compartilhamento dos ganhos de produtividade (Fator X). Acontece que, ao longo da execução contratual, o poder concedente pode visar à alteração⁷⁸ desses parâmetros inicialmente fixados. Daí a questão: *isso corresponderia a um desrespeito às normas jurídicas que regem os processos de reequilíbrio, configurando-se, assim, uma patologia?*

Rafael Wallbach Schwind defende que as cláusulas referentes a índice de reajuste têm *natureza regulamentar*⁷⁹, e, conseqüentemente, podem ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente, desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro:

“Poder-se-ia levantar a objeção de que a alteração da fórmula ou índice de reajuste ofenderia o negócio jurídico e prejudicaria o concessionário. Entretanto, o concessionário tem direito a que seja observada apenas a equação econômico-financeira. Não há propriamente um direito adquirido a que seja aplicado determinado índice ou fórmula de reajuste – o que afasta o argumento segundo o qual haveria ofensa ao negócio jurídico previamente entabulado⁸⁰.”

O fundamento jurídico para isso decorre da prerrogativa de alteração unilateral por parte do poder concedente, prevista nos artigos 18 e 23 da Lei nº 8.987/95, abaixo transcritos:

“Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: [...] VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço; [...]

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...]IV - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; (sic)”

⁷⁸ A alteração a que se refere neste subitem não corresponde à substituição de índice realizada pela própria instituição econômica em razão de se deixar de calcular um determinado índice. Neste caso, em substituição ao índice que não vai ser mais calculado, a própria instituição financeira já propõe um novo índice de reajuste que tenha a mesma abrangência.

Ao nos referirmos à “alteração de índice de reajuste”, temos como ideia a substituição de índices vigentes e eficazes, cuja aplicação proporciona resultados distintos em razão de as respectivas cestas de produtos serem distintas.”

⁷⁹ Caso o leitor queira se aprofundar no tema, sugerimos a leitura do capítulo II da seguinte obra: ANDRADE, Letícia Queiroz. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. Op. Cit..

⁸⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do Concessionário: Concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 138.

Por outro lado, a alteração unilateral do índice de reajuste deve ensejar concomitante reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do artigo 9º, § 4º da Lei nº 8.987/95⁸¹, uma vez que a prerrogativa de alteração unilateral não recai sobre a equação econômico-financeira do contrato, nos termos do artigo 58 da Lei nº 8.666/93⁸².

É verdade que, na hipótese de a concessionária anuir à alteração do índice de reajuste, não há que se suscitar qualquer irregularidade nesse sentido, ainda que se altere o equilíbrio econômico-financeiro. No entanto, no caso de alteração unilateral de índice de reajuste, sem a correspondente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, estará configurada uma *patologia*. Analisemos, abaixo, alguns *exemplos*⁸³ desta *patologia*.

O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Pernambuco ajuizaram Ação Civil Pública contra a "Companhia Energética de Pernambuco – CELPE", contra a "Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL" e contra a "Termopernambuco S/A", cujo pedido de antecipação da tutela foi deferido pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, para suspender os efeitos da Resolução Homologatória nº 112/2005 e do Despacho ANEEL nº 892/2004, até a fixação de novos valores para as tarifas, determinando, ainda, a fixação provisória pela ANEEL de novos percentuais para as tarifas de energia elétrica fornecida pela CELPE e a desconsideração, nas faturas de energia, dos valores decorrentes da Resolução nº 112/2005, mantendo os valores anteriores até que fossem divulgadas as novas tarifas, devendo a CELPE substituir as faturas que já tivessem sido expedidas com o aumento impugnado.”

Contra a referida decisão, a ANEEL ingressou com pedido de suspensão de liminar junto ao presidente do TRF da 5ª região, mas não obteve êxito. Nesse sentido, referida agência reguladora ingressou com a suspensão de liminar junto ao STJ, deferida pelo Ministro Edson Vidigal, então presidente da Corte. Apesar de ter sido interposto Agravo Regimental pelo Ministério Público Federal, foi negado provimento a este recurso.(DJE:01/08/2006).

Um outro exemplo semelhante diz respeito ao Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 54/2007 – DF (2004/0004599-1), em que se discutiu a substituição do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI) pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) em contratos de concessão de telefonia fixa. Neste caso, o Ministério Público

⁸¹ No Estado de São Paulo, em 2012, a ARTESP alterou unilateralmente o índice de reajuste dos contratos de concessão de rodovia da 1ª etapa do programa estadual, em que está inserido o lote “Anhanguera-Bandeirantes”. Apesar de o IGP-M ter sido substituído pelo IPCA, foi acordado que haverá direito a reequilíbrio caso o IPCA seja inferior àquele índice. Para conferir este termo aditivo, vide: <http://www.artesp.sp.gov.br/transparencia-editais-e-contratos-de-concessao.html>. Acesso em: 27 de novembro de 2016.

⁸² “Art.58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: [...] § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.”

⁸³ A fim de elucidar a explicação das patologias, tomamos a liberdade de utilizar, por analogia, esses dois julgados, uma vez que eles não se enquadrariam ao nosso conceito de patologia em razão de se tratar de uma alteração judicial de índice de reajuste.

Federal – MPF ajuizou, em *11 de setembro de 2003*, ação civil pública nº 2003.34.00.31115-0 (TRF-1/DF), por meio da qual pleiteou, liminarmente, a substituição do IGP-DI pelo IPCA, pedido este que foi deferido no mesmo dia. Conquanto as concessionárias de telefonia fixa tenham intentado diversas medidas judiciais⁸⁴ visando à reversão dessa decisão judicial, isso apenas foi possível com o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 54/2007 – DF (2004/0004599-1)⁸⁵, de relatoria do Ministro Edson Vidigal, em que foi determinada a suspensão da liminar, tendo sido publicado o referido acórdão na edição do Diário de Justiça Eletrônico do dia 06 de setembro de 2004.

Além da insegurança genérica provocada pela intervenção do Ministério Público Federal e do Judiciário na determinação do índice de reajuste contratual, a alteração do referido índice ainda provocou desequilíbrio contratual: como o IPCA, no período em que foi aplicado os contratos de concessão de telefonia fixa, foi inferior ao IGP-DI, o reajuste foi menor do que o devido⁸⁶.

Uma outra patologia que pode ocorrer nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro corresponde à quantificação equivocada ou, eventualmente, à não quantificação do desequilíbrio, conforme será analisado no subitem a seguir.

2.1.2. Quantificação equivocada

Nas fases de identificação e de quantificação dos processos de reequilíbrio, podem ocorrer erros no cálculo do desequilíbrio, o que pode implicar no aumento ou na redução da remuneração da concessionária, configurando, deste modo mais uma espécie de *patologia*.

A *quantificação equivocada* pode recair sobre o reajuste, sobre as revisões ordinárias e sobre as revisões extraordinárias.

⁸⁴ Contra a decisão que concedeu a liminar, as concessionárias de serviços de telefonia fixa interpueram recurso de agravo de instrumento (200401000174231; 200401000105093; 200401000077241), tendo sido negado seguimento aos referidos recursos, e mantida a liminar. Diante deste cenário, as concessionárias ingressaram com pedido de suspensão de liminar junto ao Presidente do TRF-1, que foi indeferido. Contra esta decisão, foi interposto o pedido de Suspensão de Liminar nº 54/2007 – DF (2004/0004599-1) perante o Superior Tribunal de Justiça, a que, também, se negou provimento.

⁸⁵ O julgamento deste recurso deu-se no dia 1º de julho de 2004, tendo sido publicado o acórdão no DJe na edição do dia 06/09/2004.

⁸⁶ nestes casos a substituição de índice de reajuste não decorreu de uma alteração unilateral do poder concedente, mas sim de uma ação judicial. Deste modo, esta alteração não estaria abarcada no nosso conceito de patologia. No entanto, decidimos citar esses julgados para ilustrar, ainda que de maneira análoga, a patologia de alteração do índice de reajuste de um contrato de concessão.

Analisadas algumas patologias passíveis de ocorrer na etapa de instrução dos processos de reequilíbrio, passemos a enfrentar a patologia referente à mora na condução dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões.

2.1.3. Mora na condução dos processos de reequilíbrio

Além das patologias expostas anteriormente, é possível que haja *mora* na instrução dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, prejudicando, deste modo, a recomposição da equação econômico-financeira.

Um exemplo interessante de *mora* em processo de reequilíbrio ocorreu em um processo de aplicação de reajuste pelo Governo do Estado do Paraná, com a concessionária de rodovia “Caminhos do Paraná”. Em 12 de novembro de 2003, a concessionária apresentou ao Departamento de Estradas e Rodagens do Paraná – DER/PR o cálculo para efetivação do reajuste no valor das tarifas de pedágio, a ser aplicado no dia 1º de dezembro de cada ano. No entanto, o DER/PR não homologou a aplicação do reajuste.

Diante da não homologação do reajuste, a concessionária ingressou com ação judicial com pedido de antecipação de tutela em face da União, do DNIT do Estado do Paraná e do DER/PR, a fim de obter a aplicação do reajuste no prazo contratual.

A liminar foi concedida em 30 de janeiro de 2004 para autorizar a aplicação do reajuste. Todavia, essa liminar foi cassada por meio de pedido de suspensão de liminar apresentado pelo Estado do Paraná.

Contra essa decisão que suspendeu os efeitos da liminar, a Concessionária Caminhos do Paraná interpôs recurso de agravo interno. Justamente com base no fundamento de que havia passado tempo suficiente sem que a administração tivesse apresentado justificativa para não aplicar o reajuste, o TRF-4 reformou a decisão recorrida, restabelecendo os efeitos da antecipação de tutela, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“SUSPENSÃO DE LIMINAR. CLÁUSULA CONTRATUAL.

Não existe grave lesão à ordem econômica, jurídica ou administrativa, pelo cumprimento de cláusula contratual, firmada entre as partes, e não discutida judicialmente e que corresponde, inclusive, a direito constitucional da concessionária de manter a equação econômico-financeira do contrato. De toda forma, neste interregno, passou tempo suficiente para a apresentação dos cálculos que a Administração entenderia corretos, dos índices aplicados e da própria contestação de valores, havendo muito maior prejuízo na não-manutenção de estradas ou na não-prestação do serviço contratado”. (grifo nosso)

No caso de reajuste, como há parâmetros legais para sua aplicação, vedando que esse período seja inferior a 1 (um) ano, nos termos do artigo 70 da Lei n 9069⁸⁷, é comum que nos contratos de concessão haja previsão de data de aplicação de reajuste⁸⁸. Nesse sentido, se não for aplicado o índice de reajuste de acordo com a data prevista no contrato, o poder público estará em mora.

Nos processos de revisão, por outro lado, em que *não necessariamente há estipulação de prazos*, a identificação da *mora* é mais delicada, até porque, não raras vezes os processos de reequilíbrio de concessão envolvem questões de alta complexidade técnica⁸⁹.

Analisadas as principais patologias que podem ocorrer na fase instrutória dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, passemos a nos debruçar sobre a patologia de não recomposição da equação econômico-financeira, a despeito de o desequilíbrio ter sido identificado e quantificado.

2.2 Não recomposição dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro

No item anterior, analisamos patologias inerentes à etapa de instrução dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, em que não há *certeza* nem *liquidez* do impacto econômico-financeiro. Passemos a enfrentar as patologias inerentes à etapa de recomposição da equação econômico-financeira.

A principal patologia neste caso corresponde à *não aplicação de reajuste, tornando desatualizada a remuneração da concessionária*. Como é notório, o valor da tarifa, inegavelmente, tem um apelo político, de modo que o seu aumento não é interessante, aos governantes, em períodos em que se busca popularidade – eleições –, ou de grande comoção social, como foi o caso das manifestações contra o aumento da tarifa de transporte público municipal que tomaram as ruas das grandes cidades do país em junho de 2013⁹⁰.

⁸⁷ “Art. 70. A partir de 1º de julho de 1994, o reajuste e a revisão dos preços públicos e das tarifas de serviços públicos far-se-ão: [...] II - anualmente.”

⁸⁸ Para ilustrar essa obrigação, vide a seguinte página do site da ANTT: http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/7017/Autopista_Fernao_Dias.html. Acesso em 16 de agosto de 2016.

⁸⁹ Na Lei nº 10.177/98 – Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo, foi positivado um parâmetro para identificação da inércia administrativa. É o que se extrai do artigo 33, nestes termos: “Art. 33. O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (*cento e vinte*) dias, se outro não for legalmente estabelecido. § 1º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.” (grifo nosso) Ou seja, transcorrido o prazo de 120 dias, o administrado pode submeter a demanda à apreciação judicial.

⁹⁰ Sobre o tema, vide: <http://oglobo.globo.com/brasil/por-20-centavos-muito-mais-manifestacoes-completam-um-ano-12763238>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

No referido ano de 2013, a ARTESP não aplicou reajuste às concessões de rodovia do Estado de São Paulo⁹¹, deixando as tarifas desatualizadas.

No caso do setor de transporte público municipal de passageiros, a situação não foi diferente. Além do episódio do ano de 2013, o Município de São Paulo deixou de aplicar reajuste em outras ocasiões nos últimos dez anos, no caso: 2007, 2008, 2009, 2012⁹².

Nos processos de revisão, a despeito de quantificado o desequilíbrio econômico-financeiro, é possível que não haja sua recomposição, o que pode ser, inclusive, decorrência do mecanismo escolhido para a recomposição, como é o caso do *aumento da tarifa*, que pode, por exemplo, ensejar a redução de demanda, nos termos expostos no subitem 1.5.2.

No entanto, importante destacar que o risco de não recomposição também está presente nas concessões administrativas, até porque, nestes casos, há restrições orçamentárias, cujas alterações demandam autorização legislativa.

Apresentadas as principais patologias que podem ocorrer nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões, analisemos as suas consequências.

2.3. Consequências das patologias

Mapeadas as principais patologias que podem ocorrer nos processos de equilíbrio econômico-financeiro das concessões, passamos a nos debruçar sobre algumas consequências dessas patologias.

Inicialmente, o descumprimento de qualquer regra jurídica, além de indesejado, gera *insegurança jurídica*, o que provoca aumento do risco regulatório, e, conseqüentemente, elevação de custos, o que implicará na precificação desse risco por futuros licitantes, invariavelmente, precificarão tal risco.

Além das *consequências macro*, expostas acima, o *atraso* na recomposição do equilíbrio contratual, de uma forma geral, ainda tende a agravá-lo, podendo comprometer a adequada prestação do serviço público ou o próprio orçamento público.

Não bastassem essas consequências, a manutenção de um contrato desequilibrado ainda pode ser prejudicial à *concorrência*: o acúmulo de pleitos de reequilíbrio no encerramento

⁹¹ Esta informação pode ser obtida a partir da análise de planilhas com o histórico das tarifas da primeira e da segunda etapa de concessão de rodovia, que estão disponíveis no seguinte endereço: <http://www.artesp.sp.gov.br/rodovias-tarifas-de-pedagios.html>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

⁹² Informações extraídas do site da secretaria de transportes do município do São Paulo: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/transportes/acesso_a_informacao/index.php?p=150849. Acesso em 15 de agosto de 2016.

dos contratos pode ensejar a dilação do prazo da concessão por um longo período, a fim de o poder concedente não indenizar diretamente a concessionária. Acontece que isso é pouco saudável, uma vez que as tarifas tendem a ser mais módicas no momento em que se concede determinada atividade pela segunda vez⁹³, diante do fato de os principais investimentos já terem sido amortizados. Ademais, a dilação de prazo impedirá a participação de um eventual licitante que detenha uma tecnologia mais eficiente e com custo mais baixo.

Por todo o exposto, resta claro que não é interessante a manutenção de um contrato desequilibrado, seja ele integralmente custeado pelo poder concedente, seja remunerado pela exploração contratual.

2.4. Conclusões parciais

Nos termos apresentados anteriormente, é possível identificar *patologias* nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro tanto na *etapa de instrução* como na *etapa de recomposição*.

No que diz respeito à *etapa de instrução*, destacam-se as seguintes espécies de patologia: (i) *alteração unilateral de índice de reajuste sem o correspondente reequilíbrio contratual*; (ii) *Quantificação equivocada do desequilíbrio*; (iii) *Mora na condução dos processos de reequilíbrio*. Note-se que em todos estes casos é necessária a aplicação de *medidas* que proporcionem a análise da *identificação e da quantificação* do desequilíbrio, o que será objeto de estudo dos capítulos 3 e 4.

Além das patologias referentes à *etapa de instrução*, destaca-se a *patologia de não recomposição do equilíbrio contratual*, apesar de identificado e quantificado o desequilíbrio. Neste caso, é possível a utilização de medidas de cunho executório, haja vista que o direito é *líquido e certo*.

A ocorrência de patologias nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro pode, além de ensejar o agravamento do desequilíbrio contratual, gerar um aumento do risco regulatório, o que será precificado pelos licitantes em futuras certames.

Mapeadas as principais patologias, passemos a analisar *as medidas* que podem ser adotadas para *prevenir a ocorrência de patologias* e, nas situações em que isso não for possível, *para reparar os danos*.

⁹³ Vide nota de rodapé nº 62.

CAPÍTULO 3 – MEDIDAS PARA PREVENÇÃO DE PATOLOGIAS NOS PROCESSOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES

Neste terceiro capítulo, estudaremos medidas a serem adotadas para evitar a ocorrência das patologias nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro. Para isso, analisaremos dispositivos normativos e contratuais que possam contribuir nesse sentido. No entanto, como já exposto na Introdução a esta dissertação, a referência a tais dispositivos será meramente exemplificativa, a fim de elucidar nossas propostas.

3.1. Aspectos de processo administrativo

Como o reequilíbrio econômico-financeiro ocorrerá no âmbito de um processo administrativo, no caso, de reajuste ou de revisão, é importante a análise de como os princípios e regras processuais podem contribuir com a prevenção de *patologias* nos processos de reequilíbrio das concessões.

Dentre as várias regras e princípios de índole processual a que se submete a administração pública, merecem destaque os princípios *da ampla defesa e do contraditório*, ambos com respaldo na Constituição da República⁹⁴.

Por força da *ampla defesa*, impõe-se que sejam concedidos os *meios necessários para o exercício da defesa* no processo administrativo, como é o caso do *acesso aos autos; da possibilidade de apresentação de manifestações; da produção de provas; do conhecimento da motivação da decisão final*⁹⁵.

Por meio do *contraditório*, preserva-se a saudável *dialética processual*, permitindo que, mediante a análise dos argumentos do administrado, o poder público mude de opinião, ou, eventualmente, reconheça a existência de algum vício processual⁹⁶.

⁹⁴“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório e ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes;” (grifo nosso)

⁹⁵ “[...] no curso do processo é preciso assegurar o acesso aos autos, a possibilidade de apresentar razões e documentos, de produzir provas testemunhais ou periciais, se necessário, e, ao final, de conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida. [...]” FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adílson Abreu. *Processo Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 110.

⁹⁶ “A instrução do processo deve ser contraditória. Isto significa que não basta que só a Administração Pública, por sua iniciativa e por seus meios, colha os argumentos ou provas que lhes pareçam significativos para a defesa dos interesses do particular. É essencial que ao interessado ou acusado seja dada a possibilidade de produzir suas próprias razões e provas e, mais que isso, que lhe seja dada a possibilidade de examinar e contestar os argumentos,

Assim, regras processuais que disciplinem os princípios do contraditório e da ampla defesa podem contribuir com o saneamento de eventuais *cálculos equivocados* inerentes à identificação e à quantificação do desequilíbrio econômico-financeiro. Um exemplo: caso tenha sido adotada uma metodologia de cálculo inaplicável ao caso, e isso tiver sido justificadamente impugnado, a administração pública poderá refazer essa instrução, uma vez que os atos administrativos podem ser revistos pela administração pública⁹⁷.

Outra patologia que pode ser prevenida por regras processuais diz respeito à *mora processual*. Isso pode-se dar de duas formas: (i) previsão de *procedimento específico* para assuntos que envolvam reequilíbrio econômico-financeiro, atendendo ao *devido processo legal*⁹⁸; (ii) *estipulação de prazos processuais*⁹⁹, que encontra respaldo na *duração razoável do processo*¹⁰⁰.

A criação de *procedimento específico*¹⁰¹, além de assegurar o *contraditório e a ampla defesa*, diante da concretização de tais princípios em regras, também pode evitar remessas desnecessárias a entes incompetentes durante a instrução processual, o que, sem dúvida, contribui com a *duração razoável do processo*. Confirma-se nesse sentido o exemplo da Portaria nº 02/2012 ARTESP, por meio da qual foi disciplinado o procedimento de reequilíbrio das concessões de rodovia do Estado de São Paulo: se não houvesse sido editada tal norma, existiria o risco de os autos serem remetidos a mais entidades para manifestação, o que poderia provocar mais tempo de duração desses processos.

Uma outra medida processual que pode contribuir com a prevenção de patologias diz respeito à *publicidade* das decisões administrativas. A ampla publicidade de decisões permite uma maior fiscalização da regulação contratual, o que pode, eventualmente, até compelir o poder concedente a não cometer a patologia, ou, eventualmente, evitar que isso se repita.

Analisemos abaixo aspectos referentes aos prazos nos processos administrativos.

fundamentos e elementos probantes que lhe sejam desfavoráveis.” FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adílson Abreu. *Processo Administrativo*. Op. Cit. P. 113.

⁹⁷ “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.” (Lei n 9.784/99)

⁹⁸ “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

⁹⁹ Analisaremos este assunto em subitem apartado, dada a sua especificidade.

¹⁰⁰ “Art. 5º [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

¹⁰¹ Ainda que não haja disciplina de procedimento específico de reequilíbrio econômico-financeiro, os entes federativos que já tiverem editado lei geral de processo administrativo poderão aplicá-la aos casos de reequilíbrio, o que também pode contribuir nesse sentido.

3.1.1. Prazo nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões

Apesar de muitas vezes serem estipulados prazos nos processos administrativos, de nada adianta se forem *impróprios*, ou seja, se o seu descumprimento não ensejar qualquer consequência jurídica. Nesse sentido, a *previsibilidade* e a *duração razoável do processo* ficariam prejudicadas. A estipulação de prazos apenas fará diferença nas hipóteses em que for estabelecida consequência jurídica à sua inobservância. Foi o que fez o legislador paulista no artigo 33, § 1º da Lei nº 10.177/98: na hipótese de transcorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias sem que o pedido tenha sido analisado pelo poder público, deve-se considerá-lo rejeitado, o que autorizaria a judicialização da demanda. Confira-se a íntegra do referido artigo 33:

“Artigo 33 - O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de *120 (cento e vinte) dias*, se outro não for legalmente estabelecido.

§ 1.º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o *interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa*, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.

§ 2.º - *Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas*, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

§ 3.º - O disposto no § 1º deste artigo não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento.” (grifo nosso)

A consequência jurídica, no entanto, deve variar de acordo com os destinatários dos prazos processuais: a atribuição de efeito denegatório, que autoriza a judicialização da demanda, sem dúvida, é adequada no caso de se tratar de um prazo imposto ao poder público, uma vez que isso tende a constrangê-lo a não ser inerte. No entanto, na hipótese de o prazo ser um controle à inércia da concessionária – como é o caso da notificação de evento causador de desequilíbrio-, é necessário que sejam formuladas outras espécies de consequências, como seria o caso da decadência do direito.

Recentemente, a ARTESP inseriu, na minuta do contrato de concessão referente à concorrência internacional nº 03/2016, uma cláusula em que estipula o prazo de até 180 (cento e oitenta) dias para notificação do evento causador de desequilíbrio, conforme se nota a seguir:

“21.1.1. A Parte pleiteante deverá, *preferencialmente*, identificar o EVENTO DE DESEQUILÍBRIO e comunicar a outra Parte em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias contados de sua materialização, com vistas a resguardar a contemporaneidade das relações contratuais, bem como possibilitar o

adequado manejo das consequências do EVENTO DE DESEQUILÍBRIO¹⁰².”
(grifo nosso)

A despeito da boa intenção da ARTESP com a estipulação do referido prazo, dificilmente essa cláusula alcançará a sua finalidade, uma vez que o termo “preferencialmente” proporciona uma flexibilização dessa obrigação. Ademais, o termo inicial de contagem desse prazo não poderia ser totalmente limitado à *ocorrência do evento*, haja vista que nem sempre é possível *identificar* um evento *no momento de sua ocorrência*¹⁰³. Por fim, seria fundamental a especificação das consequências do descumprimento desse prazo, a fim de garantir estabilidade e previsibilidade na execução contratual.

Um outro método, que também tem por objetivo evitar a mora nos processos de reequilíbrio, diz respeito à imposição e prazos máximos para retroatividade da recomposição. É o que se extrai da cláusula 13.5 do contrato de concessão patrocinada da Linha 4 – amarela do Metrô de São Paulo (Contrato nº 432522111):

“13.5. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO não poderá importar efeito retroativo superior a 180 (cento e oitenta) dias da data da apresentação do pleito ou da comunicação [...]”

A aplicação deste método, no entanto, pode impedir a recomposição do equilíbrio contratual nos casos em que: (i) não era possível a identificação do evento causador do desequilíbrio à época de sua ocorrência; e (ii) a duração do processo administrativo ser superior ao prazo¹⁰⁴ estipulado contratualmente.

¹⁰² Minuta de contrato de concessão disponível no site da ARTESP: <http://www.artesp.sp.gov.br/transparencia-licitacoes.html>. Acesso em: 3 de dezembro de 2016. (até o depósito desta dissertação, o contrato não havia sido celebrado, uma vez que o leilão estava agendado para o dia 22 de fevereiro de 2017.)

¹⁰³ Vide, nesse sentido, o exemplo da minuta de contrato para concessão para exploração comercial de garagens subterrâneas na Cidade de São Paulo (Processo administrativo n 2010-0.349.079-0), em que foi estabelecida essa diferença:

“13.5.1. Para que possam ser apurados o objeto do reequilíbrio econômico-financeiro, as PARTES deverão manifestar seu pleito *em até 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias da ocorrência* da hipótese ou incidente que enseje o início deste procedimento.

13.5.1.1. Se o conhecimento da hipótese, ou incidente de reequilíbrio depender de informação a ser transmitida por qualquer das PARTES, o prazo anteriormente referido contar-se-á da data *do conhecimento do evento pela parte que dele se aproveita.*” (grifo nosso) Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/anexo_x_minuta_de_contrato_1343425440.pdf. Acesso em: 4 de dezembro de 2016.

Apesar de este contrato não ter sido celebrado, nada impede a utilização dessas cláusulas de forma exemplificativa.

¹⁰⁴ “13.4. O procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO deverá ser concluído em prazo não superior a 60 (sessenta) dias, ressalvada a hipótese, devidamente justificada, em que seja necessária a prorrogação para complementação da instrução.”

Em suma, para que haja contribuição com a duração razoável do processo e com a estabilidade, é fundamental que sejam atribuídas consequências jurídicas ao descumprimento dos prazos processuais.

3.1.2. Processos de revisão ordinária

Para além do quanto exposto acima, os *processos de revisão ordinária*¹⁰⁵ permitem que as *concessões sejam revistas periodicamente* para que, além de se manter o equilíbrio econômico-financeiro, haja uma adequação dos parâmetros de prestação do serviço público à evolução tecnológica e à demanda da sociedade, atendendo, deste modo, à prestação do serviço público adequado, nos termos do artigo 6º da Lei n 8.987/95.

As revisões ordinárias permitem, ainda, uma *atuação planejada*¹⁰⁶ por parte do poder concedente, o que pode contribuir com a redução *de patologias nos processos de reequilíbrio*. Um exemplo dessa atuação planejada diz respeito à alteração do índice de reajuste. Se isso for realizado no escopo de uma revisão ordinária – e não na fase instrutória do processo de aplicação de reajuste -, com a prévia identificação dos mecanismos a serem utilizados para recomposição do equilíbrio contratual, não há que se suscitar qualquer patologia nesse sentido.

A despeito de todo o exposto neste item, importante fazer a ressalva de que a adequada previsão de regras e princípios processuais no procedimento de reequilíbrio não é uma garantia,

¹⁰⁵ “[...] a revisão periódica se faz obrigatória naqueles [contratos] que têm por objeto uma concessão de serviço público, na medida em que toda concessão de serviço público pressupõe prévio planejamento, em razão dos aspectos que a tornam singular.

Este dever de revisão periódica, além de ter fundamento constitucional – conforme demonstramos acima, por estar permeado em todo o art. 175 da Lei Maior -, é inferido, ainda, do § 2º do art. 9º da Lei federal 8.987/1995, que, ao prescrever que os contratos tratados nessa lei “poderão prever mecanismos de revisão de tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”, contempla o dever de revisão periódica, vez que a tarifa a que se refere é, normalmente, o maior exponencial ou o componente principal da equação econômico-financeira desses contratos.” HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão comum de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 135.

Com o devido acatamento, discordamos da obrigatoriedade das revisões ordinárias. Reconhecemos que tais procedimentos podem, sem dúvida, contribuir com um melhor acompanhamento da execução contratual, entretanto, não identificamos qualquer fundamento no ordenamento jurídico que vincule o poder concedente a adotar referidos procedimentos. A autora faz menção aos artigos 175 da Constituição da República e ao 9º, 2º da Lei n 8.987/95 como supostos fundamentos dessa obrigação. Ora, no nosso entendimento, o artigo 175 da Constituição da República delimita o conteúdo mínimo a ser regulamentado por lei, mas em nenhum momento determina a realização de revisões periódicas. No que toca ao artigo 9º, § 2º da Lei n 8.987/95, o legislador fixou o verbo “poderá” (“[...] § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.”). Tendo sido positivado o verbo “poderá”, não há que se falar em vinculação, mas sim discricionariedade do administrador público. Enfim, reconhecemos os benefícios das revisões ordinárias, mas não defendemos que a sua previsão nos contratos de concessão seja obrigatória.

¹⁰⁶ Um exemplo dessa atuação planejada diz respeito à alteração do índice de reajuste. Se isso for realizado no escopo de uma revisão ordinária – e não na fase instrutória do processo de aplicação de reajuste -, com a prévia identificação dos mecanismos a serem utilizados para recomposição do equilíbrio contratual, não há que se suscitar qualquer patologia nesse sentido.

a priori, de inoportunidade de *patologias*, mas sim de *prevenção*. É possível, por exemplo, que, durante a instrução processual, a metodologia de cálculo tenha sido devidamente impugnada, mas o poder concedente, imotivadamente, tenha dado seguimento ao processo e à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Neste caso, a concessionária deverá utilizar outros meios para buscar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

3.2. Reajuste Automático

Na Lei nº 11.079/04, o legislador inovou no que diz respeito à aplicação reajuste, permitindo que a remuneração do parceiro privado fosse reajustada de forma automática, e, apenas no caso de o parceiro público discordar dos cálculos, poderia determinar a suspensão do reajuste mediante publicação de ato no diário oficial¹⁰⁷.

Com essa regra, presume-se *maior estabilidade na execução contratual*, uma vez que haverá *ônus político* do parceiro público para justificar a não aplicação do reajuste.

A despeito de a autorização de atualização automática da remuneração do parceiro privado ter sido prevista apenas na Lei nº 11.079/04, não há impedimento jurídico de haver disciplina nesse sentido nas demais espécies de concessão.

No artigo 29, inciso “V” da Lei nº 8.987/95, foi positivada a competência de o *poder concedente homologar o reajuste de acordo com a previsão legal e contratual*, nestes termos:

“Art. 29. Incumbe ao poder concedente: [...] V - *homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;*” (grifo nosso)

Como o legislador vinculou a competência de homologação do reajuste não apenas à Lei nº 8.987/95, mas também a demais normas e ao próprio contrato, é possível que a disciplina de aplicação de reajuste automático se dê em sede de decreto regulamentar ou no próprio contrato. Sendo assim, no caso de o poder concedente se omitir sobre a homologação do reajuste proposto pela concessionária, é viável que, no âmbito regulamentar ou contratual, sejam atribuídos efeitos jurídicos ao referido silêncio administrativo no sentido e autorizar a aplicação do reajuste.

¹⁰⁷ “Art. 5º [...] § 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.”

Importante destacar que o *silêncio administrativo*, em regra, tem natureza de *fato e não de ato jurídico*¹⁰⁸, de modo que não geraria qualquer efeito no mundo jurídico. Todavia, se uma norma jurídica lhe atribuir um efeito, é plenamente possível que ele passe a gerar efeitos. É justamente isso o que propomos: ao disciplinar a homologação do reajuste no âmbito regulamentar ou contratual, *são atribuídos efeitos à omissão administrativa* acerca da homologação de reajuste, de modo que, diante da ausência de aprovação expressa dos cálculos apresentados para atualização da tarifa, a concessionária estaria autorizado a passar a cobrar a tarifa reajustada. Para levar a cabo essa hipótese, no entanto, é indispensável que sejam observados alguns condicionantes.

Da mesma forma que se espera ampla publicidade da alteração da tarifa decorrente de aplicação de reajuste homologado pelo poder concedente, é fundamental que isso também seja observado no caso em tela. Nesse sentido, é necessário que na norma em que for atribuído efeito jurídico ao silêncio administrativo, também seja positivado o procedimento de divulgação das tarifas atualizadas, sob pena, inclusive, de gerar instabilidade na prestação do serviço público em relação aos usuários, o que também seria indevido. Abaixo, transcrevemos parte de uma cláusula contratual em que foi disciplinada a aplicação de reajuste em casos de omissão na homologação dos cálculos, confira-se:

“[...] 4.7.9 Os cálculos dos valores atualizados das Tarifas e Preços deverão ser apresentados à apreciação do PODER CONCEDENTE para verificação de consistência e homologação.

4.7.10 A CONCESSIONÁRIA deverá elevar a memória de cálculo da atualização tarifária para verificação da CONTRATANTE com uma antecipação mínima de 30 (trinta) dias à data de aplicação da Tarifa reajustada.

4.7.10.1 A análise, aprovação e homologação das novas tarifas e preços serão feitos pelo PODER CONCEDENTE no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados do recebimento da memória de cálculo.

4.7.10.2 Na hipótese de demora na manifestação do PODER CONCEDENTE, por motivo não imputável à CONCESSIONÁRIA, a mesma estará autorizada a publicar e praticar as novas tarifas e preços, de modo a atender as condições contratuais¹⁰⁹.”

¹⁰⁸ “Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um “fato jurídico” e, *in casu*, um “fato jurídico administrativo”. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão por que ele é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um “ato tácito”.” (grifos no original) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit. P. 418.

¹⁰⁹ Contrato de Concessão nº 146/2007 - Serviço de fornecimento de água e de coleta de esgoto do Município de Itú.

No caso desta concessão, na hipótese de não haver homologação do reajuste pelo poder concedente no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a concessionária estaria autorizado a passar a cobrar a tarifa reajustada. Apesar de louvável o objetivo dessa redação contratual, seria importante que tivesse sido mais bem disciplinado o procedimento de divulgação das tarifas atualizadas.

Nos termos expostos anteriormente, é cediço que a autorização legal para aplicação de reajuste automático nos contratos de PPP tende a proporcionar indiscutível estabilidade à execução dos referidos contratos. No entanto, como foi visto, também é possível que haja aplicação de reajuste automático nas demais espécies de concessão, desde que haja disciplina regulamentar ou contratual no sentido de atribuir efeito à omissão administrativa.

3.3. Verificador Independente

Como já exposto anteriormente, as concessões têm natureza de relação tripartite, o que proporciona a existência de diversos interesses tensionados: a concessionária buscará, sempre que possível, o aumento de sua rentabilidade; os usuários visarão à redução das tarifas e ao aumento da qualidade do serviço; o poder concedente almejará a diminuição de gastos públicos. Especialmente no caso dos contratos de PPP essa tensão é ainda maior, haja vista que na Lei nº 11.079/04 foi prevista a possibilidade de remuneração variável conforme o desempenho da concessionária, de modo que a aferição do desempenho do parceiro privado passa a ser uma atividade extremamente delicada, uma vez que isso pode interferir diretamente na remuneração do parceiro privado e nos gastos do parceiro público.

Para trazer mais estabilidade à execução dos contratos de PPP, foi criada a figura do *verificador independente*, que corresponde a uma entidade privada responsável pela apuração do desempenho do parceiro privado ao longo da execução contratual. Analisaremos, a seguir, alguns aspectos relevantes sobre a figura do *verificador independente*¹¹⁰ para, posteriormente, esmiuçar as espécies de patologia que poderão ser prevenidas pela atuação do *verificador independente*.

¹¹⁰ A disciplina das características e das obrigações do *verificador independente* depende de cada contrato de PPP. Nesse sentido, para elaborar este tópico, analisamos alguns contratos com o objetivo de exemplificar as diferentes tratamentos que são dados aos verificadores independentes, mas nossa análise, até pelo fato de ser exemplificativa, não foi exaustiva.

Para que o processo de fiscalização pelo *verificador independente* seja efetivo, é necessário que sejam devidamente definidos contratualmente o *escopo de sua atuação*¹¹¹, os *parâmetros técnicos e a metodologia* a ser observada nesse processo.

Apesar de a obrigação principal do verificador independente ser a mensuração do desempenho do parceiro privado, em alguns contratos ainda são alocadas outras obrigações a tais entidades. No caso do contrato de concessão patrocinada nº 01/2013 – Metrô Salvador, por exemplo, além da avaliação de desempenho, o verificador independente ficará responsável pelo cálculo da variação da contraprestação pecuniária; por avaliar o equilíbrio econômico-financeiro; realizar o cálculo dos reajustes; e conduzir pesquisas de satisfação dos usuários¹¹². No mesmo sentido, o Governo de Minas Gerais, ao realizar um estudo sobre o tema, pontuou que o *verificador independente*, além de avaliar o desempenho do parceiro privado, poderia fazer a *gestão de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro*¹¹³.

A princípio, nos parece que a análise técnica e econômica de pleitos de reequilíbrio por parte do verificador independente pode ser bastante *eficiente*. No entanto, é importante que algumas medidas contratuais sejam tomadas neste caso para que o objetivo de alcance de estabilidade não caia por terra. Um exemplo corresponde à fixação de *prazos de duração da instrução dessa análise*¹¹⁴, para que se possa evitar eventual mora, por parte do verificador independente, na instrução dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro.

No que diz respeito aos *parâmetros técnicos* e à *metodologia de fiscalização*, em alguns contratos há um anexo específico para tratamento dos parâmetros de desempenho¹¹⁵. No

¹¹¹ Em alguns contratos de PPP, como é o caso do contrato de concessão patrocinada nº 01/2013, celebrado pelo Governo do estado da Bahia para implantação e operação do sistema metroviário de Salvador a Lauro de Freitas – são contratadas entidades específicas para a fiscalização da etapa de implantação – *certificadora de implantação* - e de operação, que, no caso, seria o *verificador independente*. O objetivo, no entanto, é o mesmo: proporcionar segurança jurídica à fiscalização contratual.

¹¹² “21.4.1 – Durante a fase de OPERAÇÃO, o CONCEDENTE realizará a fiscalização da Concessão com o apoio de terceiro que se incumbirá dessa função, denominado VERIFICADOR INDEPENDENTE, a quem caberá, dentre outras atribuições: (i) realizar a AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO e o cálculo da variação da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL EFETIVA; (ii) avaliar o EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO do CONTRATO e revisar o fluxo de caixa marginal, na forma da subcláusula 26.10; (iii) realizar o cálculo dos reajustes de valores previstos no CONTRATO; e (iv) prover pesquisa de satisfação dos USUÁRIOS.” Contrato de Concessão Patrocinada nº 01/2013. Disponível em: <http://www.sedur.ba.gov.br/arquivos/File/TOMO1.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

¹¹³ “Sugere-se que o Verificador Independente faça a gestão de pleitos relacionados às reivindicações com origem puramente técnicas, suportando as decisões das partes por meio de análises técnicas e econômico-financeiras fundamentadas, sempre baseadas em metodologias objetivas e alinhadas previamente junto aos interessados.” Disponível em: http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book_PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

¹¹⁴ É evidente que a análise de determinados pleitos é mais complexa e, conseqüentemente, mais demorada que outros. Por esta razão, entendemos que os referidos prazos devem ser prorrogáveis, desde que devidamente motivados.

¹¹⁵ Em alguns contratos, tal anexo é denominado “Indicadores de Desempenho” (Anexo IV do Edital de concessão patrocinada para implantação e operação de BRT no Município de Sorocaba. Disponível em:

que diz respeito à metodologia de fiscalização, apesar de esse procedimento poder ser tratado conjuntamente com os parâmetros de desempenho, é interessante a proposta utilizada na elaboração do contrato de concessão patrocinada nº 01/2013 – metrô de Salvador: neste caso, delegou ao próprio *verificador independente* a obrigação de propor um procedimento de fiscalização. Assim que esse procedimento for apresentado, tanto o parceiro público como o parceiro privado terão oportunidade de propor alterações a tal procedimento. É possível que, com a participação das partes contratantes no processo de elaboração do procedimento de fiscalização, haja maior respeito às deliberações do *verificador independente*.

Além do escopo de atuação, dos parâmetros técnicos e do procedimento de fiscalização, merece destaque o tema da *contratação do verificador independente*.

O Governo de Minas Gerais, em estudo sobre o tema dos *verificadores independentes*, chegou à conclusão de que a contratação dessa entidade por meio de licitação seria a melhor maneira de se alcançar a *autonomia e a transparência* necessárias à fiscalização dos parâmetros de execução contratual. Por esta razão, inclusive, que o *verificador independente* no contrato de concessão administrativa nº 02/2013 SEDRU/MG – Tratamento de resíduos sólidos, foi contratado pela administração pública estadual¹¹⁶.

Estamos de acordo que a contratação do *verificador independente* por meio de licitação pode trazer mais autonomia a essa entidade. No entanto, existe o risco de o processo licitatório sofrer atrasos e isso impactar na execução da PPP, o que pode ser bastante danoso. Nesse sentido, é importante que seja disciplinada contratualmente uma alternativa a um eventual entrave no processo de contratação do *verificador independente*, a fim de não prejudicar a remuneração do parceiro privado¹¹⁷.

Uma outra possibilidade à contratação do *verificador independente* corresponde à apresentação, pelo parceiro privado, de uma lista tríplice ao parceiro público, que ficará

http://www.sorocaba.sp.gov.br/ppp/wp-content/uploads/sites/14/2015/11/ANEXO_IV_Indicadores-de-Desempenho-Todos-Volumes.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2016; em outros, “Sistema de Avaliação de Desempenho” (Anexo VI – Contrato de concessão patrocinada nº 01/2013 – Metrô de Salvador. Disponível em: <http://www.sedur.ba.gov.br/arquivos/File/TOMO3.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.)

¹¹⁶ “20.2. Caberá ao PODER CONCEDENTE contratar o VERIFICADOR INDEPENDENTE e arcar com os custos oriundos da contratação.” Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/residuos-solidos>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

¹¹⁷ “21.4.16. Excepcionalmente, na hipótese de atraso na contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE, ficará o CONCEDENTE diretamente responsável pela realização da AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO, e pelo cálculo da variação da CONTRAPRESTAÇÃO EFETIVA e da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.” Contrato de Concessão Patrocinada nº 01/2013. Disponível em: <http://www.sedur.ba.gov.br/arquivos/File/TOMO1.pdf>. Acesso em 06 de novembro de 2016.

Uma outra possibilidade seria a fixação de um prazo máximo para que o parceiro público realizasse a contratação. Todavia, caso esse prazo não fosse cumprido, o parceiro privado estaria autorizado a contratar uma entidade para realizar a aferição de desempenho da execução até que a contratação pública seja concluída.

responsável pela seleção da entidade. Em muitos casos, esta solução é adotada, sobretudo, para não onerar o erário com o custeio do *verificador independente*.

Uma vez apresentadas as considerações acima sobre o tema dos *verificadores independentes*, passemos à análise de quais espécies de patologias essa entidade pode ajudar a prevenir.

Como exposto acima, a competência do *verificador independente* depende muito de cada contrato, podendo, deste modo, variar o escopo de prevenção caso a caso¹¹⁸. De todo modo, de uma maneira geral, o *verificador independente* poderá auxiliar na instrução de pleitos que que envolvam aspectos técnicos, podendo contribuir, ainda, com patologias inerentes à fase de instrução dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, sobretudo no que diz respeito à mora na instrução processual.

3.4. *Dispute Board*¹¹⁹

O *Dispute Board* corresponde a um mecanismo privado de natureza contratual, que visa à *prevenção* e à *resolução* de controvérsias inerentes a contratos cujo objeto seja de alta complexidade¹²⁰. Logo no início da execução contratual, é formado o *board* (comitê, painel ou conselho¹²¹ em língua portuguesa), por profissionais especializados, em regra, advogados e engenheiros, que ficará responsável por um incisivo acompanhamento contratual¹²², podendo

¹¹⁸ No caso dos contratos em que são delegadas mais competências aos verificadores independentes, como é o caso do cálculo de reajuste, essas entidades também poderão contribuir com as patologias referentes a eventuais cálculos equivocados do reajuste.

¹¹⁹ Faremos uma abordagem deste tema apenas para complementar nosso objeto de estudo. No entanto, se o leitor tiver interesse em se aprofundar no tema, sugerimos o endereço eletrônico da *Dispute Board Foundation*, em que há diversas informações e artigos sobre esse assunto: <http://www.drb.org/> (acesso em 02 de novembro de 2016).

¹²⁰ “O Dispute Board é um órgão permanente normalmente estabelecido na ocasião da assinatura ou no início da execução de um contrato de médio ou longo prazo para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer desentendimentos ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato.” Prefácio do regulamento da CCI relativo aos Dispute Boards. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>. Acesso em: 02 de novembro de 2016.

¹²¹ WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, n 6, jul./set. 2005, p. 18.

¹²² “Trata-se de uma espécie de Comitê de Solução de Controvérsia, formado por técnicos especializados (via de regra engenheiros e advogados), que acompanha a execução do contrato de obra desde o seu nascedouro, o que o coloca (Comitê) em condições extremamente favoráveis para a compreensão de todas as etapas de execução do objeto e, conseqüentemente, na própria percepção, avaliação e resolução dos conflitos que dele decorram. Supõe-se que o Comitê, desde o início da execução do contrato, esteja familiarizado com as plantas, os orçamentos, o diário de obras, as fotografias, os relatórios, as correspondências entre as partes e tudo mais que se relaciona com a obra, além de acompanhar *in loco* o próprio avanço físico do empreendimento. Deve apreender todas as dimensões do negócio e estreitar uma saudável e dialógica relação com os contratantes.” GARCIA, Flávio Amaral. *O Dispute Board e os Contratos de Concessão*. In: *Colunistas*. ANO 2016 NUM 121. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 02 de novembro de 2016.

contribuir tecnicamente para dirimir eventuais conflitos mediante a elaboração de *pareceres opinativos* ou *vinculantes*.

O *Dispute Board* surgiu em meados da década de 70¹²³, tendo como foco os contratos de obra, que passaram a se tornar cada vez mais complexos, assim como os conflitos a eles inerentes. No entanto, esse mecanismo pode ser expandido a outras modalidades contratuais¹²⁴, sobretudo às concessões, que se caracterizam pela alta complexidade, e pela longa duração. Nesse sentido, justifica-se a análise desse mecanismo na presente dissertação: a constituição de *Dispute Boards* pode contribuir com a ocorrência de *patologias* nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, ou quando isso não for possível, poderá, ao menos, proporcionar um rico ambiente probatório, o que, sem dúvida, será de grande utilidade a eventual processo arbitral ou judicial.

O *Dispute Board* desdobra-se entre as seguintes espécies: (i) *Dispute Review Board*; (ii) *Dispute Adjudication Board*¹²⁵; (iii) *Combined Dispute Board*.

No que diz respeito à primeira hipótese - *Dispute Review Board*¹²⁶, o comitê emite apenas pareceres de recomendação, que não têm natureza vinculante, de modo que, se as partes aceitarem tacitamente essas recomendações dentro do prazo estipulado contratualmente ou no regulamento adotado, tal parecer passa a ser vinculante¹²⁷.

¹²³ “After World War II, competition for construction contracts became intense, and contractors were forced to accept lower profit margins. Further, construction contracts became much more complex, and the construction process was burdened with non-technical demands such as environmental regulations, governmental and socio-economic requirements and public interest group pressures. The financial stability of many contractors with tight margins required that they pursue all available means to protect their bottom line, and a growing body of lawyers and consultants stood ready to assist them.” Disponível em: http://www.drb.org/manual/1.1_final_12-06.pdf. Acesso em: 12 de novembro de 2016.

¹²⁴ “Embora originalmente concebidos para os contratos de construção, a utilização dos *dispute boards* em outros tipos de contratos, como concessões, parcerias público-privadas, contratos de fornecimento e, até, divergências societárias, é crescente, e bastante vantajosa em contratos de longo prazo ou de execução diferida. WALD, Arnoldo. *Dispute Resolution Boards: evolução recente*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.) P. 144.

¹²⁵ Reconhecemos que a modalidade de *Dispute Adjudication Board* não corresponde propriamente a uma medida preventiva, mas sim corretiva: ao se utilizar o *Dispute Adjudication Board*, o conflito já ocorreu. No entanto, apesar disso, o *Dispute Adjudication Board* pode evitar que o futuro processo arbitral ou judicial não tenha uma longa duração. Por isso, optamos por abordar esse assunto no item referente às medidas preventivas.

¹²⁶ Na cláusula 53 do contrato de concessão patrocinada da Linha – 18, decorrente da concorrência internacional nº 003/2013, foi previsto um detalhado procedimento de *Dispute Review Board*.

¹²⁷ Sobre esse tema, vale trazer à baila o artigo 4o, incisos “ii” e “iii” do Regulamento da CCI relativo aos *Dispute Boards* (2015): “(ii) Após o recebimento de uma Recomendação, as Partes poderão cumpri-la voluntariamente, mas não são obrigadas a cumpri-la; (iii) As Partes acordam que, se, nos 30 dias seguintes ao recebimento de uma Recomendação, nenhuma das Partes notificar outra Parte e o DBR, por escrito, de sua insatisfação com a Recomendação, esta passará a ser final e vinculativa para as Partes. As Partes deverão cumprir sem demora a Recomendação que se tornou final e vinculativa e concordam em não contestar essa Recomendação, a menos que tal acordo seja proibido pela lei aplicável.” Disponível em: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>

Em relação à segunda hipótese - *Dispute Adjudication Board* -, por sua vez, os pareceres têm *força vinculante* assim que proferidos¹²⁸. Isso não significa, no entanto, que a demanda não poderá ser submetida ao judiciário ou à arbitragem: a *vinculação*, neste caso, diz respeito à obrigatoriedade de cumprimento dessa obrigação, assim como se deve cumprir qualquer outra cláusula contratual. Caso as partes não estejam de acordo com o parecer proferido, podem submeter o conflito à arbitragem ou ao próprio judiciário.

Por fim, na última hipótese – *Combined Dispute Board* – há elementos das duas modalidades anteriores, havendo, deste modo, tanto pareceres opinativos como vinculantes, que, no caso, dependem de requerimento das partes¹²⁹.

A aplicação dos *Dispute Resolution Boards* às concessões, no entanto, exige algumas adequações nesse procedimento, sob pena de haver incompatibilidades com o regime jurídico de direito público. Destaca-se, nesse sentido, o artigo 9º, inciso “ii” do Regulamento Relativo aos Dispute Boards da ICC:

“Art. 9º – (ii) Salvo convenção em contrário das Partes ou exigência imposta pela lei aplicável, todas as informações obtidas por um Membro do DB durante as atividades do DB deverão ser utilizadas pelo mesmo unicamente para as atividades do DB e deverão ser tratadas por ele como confidenciais.”

Diante do princípio da publicidade, positivado no artigo 37 da Constituição da República¹³⁰, impõe-se que as informações não sejam confidenciais.

Um tema que é necessário enfrentar para que os *Dispute Boards Resolution* sejam aplicados às concessões corresponde à *indisponibilidade do interesse público*, discussão esta que teve origem com a aplicação da arbitragem nos contratos administrativos. Como no escopo da arbitragem tal debate está mais maduro, enfrentaremos esse tema a seguir, no subitem 4.4.1.

¹²⁸ Vide nesse sentido o artigo 5º, incisos “ii” e “iii” do Regulamento da CCI relativo aos Dispute Boards (2015): “(ii) Uma Decisão passa a ser vinculativa para as Partes no momento de seu recebimento. As Partes deverão cumpri-la sem demora, independentemente de qualquer manifestação de insatisfação nos termos do presente Artigo 5º. (iii) As partes acordam que, se, nos 30 dias seguintes ao recebimento de uma Decisão, nenhuma das Partes notificar a outra Parte e o DAB, por escrito, de sua insatisfação com a Decisão, esta permanecerá vinculativa e tornar-se-á final. As Partes acordam em não contestar uma Decisão que seja final, a menos que tal acordo seja proibido pela lei aplicável.”

¹²⁹ Vide nesse sentido o artigo 6º, incisos “ii” e “iii” do Regulamento da CCI relativo aos Dispute Boards (2015): (ii) Se qualquer uma das Partes solicitar uma Decisão em relação a um determinado Litígio, e nenhuma outra Parte discordar disso, o CDB deverá emitir uma Decisão; (iii) Se uma das Partes solicitar uma Decisão e outra Parte discordar disso, o CDB tomará uma decisão final sobre se emitirá uma Recomendação ou uma Decisão. Para tanto, o CDB levará em consideração os seguintes fatores, sem contudo se limitar a eles: (a) se, em razão da urgência da situação ou de outras considerações pertinentes, a Decisão facilitará a execução do Contrato ou evitará uma perda ou prejuízo significativo por qualquer uma das Partes; (b) se a Decisão prevenirá a ruptura do Contrato; e (c) se a Decisão é necessária para a preservação de provas.

¹³⁰ Nos itens 4.4.1 e 4.5.2 aprofundaremos esse tema.

Uma vez apresentadas algumas características dos *Dispute Boards*, passemos a analisar em que medida esse mecanismo pode contribuir com as patologias nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões.

A principal contribuição dos *Dispute Boards* ao nosso objeto de estudo, sem dúvida, corresponde à prevenção de patologias na *fase instrutória* dos processos administrativos de reequilíbrio econômico-financeiro. Como os profissionais integrantes do comitê acompanharão a execução contratual desde o início, eles têm condições técnicas de elaborar pareceres opinativos ou vinculantes com mais *celeridade*, se comparado com outros mecanismos de solução de controvérsias, além de contribuir com a identificação e com a *quantificação* do desequilíbrio, seja em relação a eventuais equívocos no cálculo do reajuste, seja na quantificação do desequilíbrio nas revisões.

Diante do exposto, resta claro que, com o acompanhamento incisivo da execução contratual por parte do comitê, além de algumas patologias inerentes à fase instrutória poderem ser evitadas, os *Dispute Boards* podem contribuir com a submissão do conflito à arbitragem ou ao próprio judiciário, haja vista que já terá sido feita uma pormenorizada análise técnica do contexto fático.

3.5. Conclusões Parciais

Analisamos, neste capítulo, algumas medidas que podem ser adotadas para prevenir a ocorrência de patologias nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões.

As regras e princípios processuais, de uma forma geral, podem contribuir com a prevenção de *quantificação equivocada e da mora dos processos de reequilíbrio*, e no caso de isso não ser possível, com a judicialização da demanda, mediante a qualificação de *direito líquido e certo*.

A aplicação automática de reajuste, nos termos da Lei nº 11.079/04, proporciona estabilidade e garantia da atualização financeira da remuneração da concessionária. No entanto, a princípio, também seria admitida a aplicação desse instituto às demais espécies de concessão, desde que haja disciplina regulamentar ou contratual no sentido de se atribuir efeito jurídico à omissão administrativa.

A fiscalização da concessão por meio de *verificador independente* pode evitar vícios na instrução processual, sobretudo no que diz respeito ao prazo de sua duração e, eventualmente, à quantificação equivocada do desequilíbrio contratual.

No caso de haver divergências sobre um determinado aspecto da execução contratual, a figura dos *Dispute Boards* pode contribuir sobremaneira com a instrução de um futuro processo arbitral ou judicial, haja vista que já terá sido feita uma pormenorizada análise técnica do contexto fático.

Analisadas as principais medidas que podem ser adotadas para prevenir a ocorrência de patologias nos processos de reequilíbrio, passemos à análise das medidas que devem ser adotadas reparar os efeitos dessas patologias.

CAPÍTULO 4: MEDIDAS A SEREM ADOTADAS DIANTE DA IDENTIFICAÇÃO DE PATOLOGIAS QUE VISAM À REPARAÇÃO DE DANOS

4.1. Introdução

Diante da ineficácia das medidas de prevenção de patologias nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões, devem ser adotadas medidas que reparem os danos, uma vez que essas patologias provocam o desequilíbrio contratual ou agravam o desequilíbrio já existente.

Nesse sentido, analisaremos, inicialmente, como as *garantias* ofertadas pelo parceiro público nos contratos de parceria público-privada podem contribuir com a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Para isso, apresentaremos as principais características das garantias admitidas pela Lei nº 11.079/04, e, posteriormente, verificaremos quais espécies de patologia podem ser solucionadas por este método de execução de garantia.

Como referidas garantias não poderão ser executadas em face de todas as espécies de patologia, por falta de *certeza e de liquidez* do dano, e, como a previsão de prestação de garantias por parte do poder concedente está restrita aos contratos de PPP, estudaremos mecanismos privados de solução de controvérsia que podem ser adotados nestes casos, sempre buscando relacionar a espécie de patologia com os mecanismos que mais se adéquem a ela.

Por fim, como ainda resta a possibilidade de judicialização da patologia, estudaremos quais medidas judiciais são aplicáveis a cada espécie de patologia.

4.2. Garantias prestadas pelo parceiro público

Com o advento da Lei nº 11.079/04, especificamente do seu artigo 8º¹³¹, passou a ser possível¹³² a constituição de garantias, a favor da concessionária, em face das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público no âmbito dos contratos de PPP.

Antes de analisar tais garantias, importante asseverar que não é objeto desta dissertação o estudo da constitucionalidade da Lei nº 11.079/04¹³³, de modo que nos restringiremos a sua aplicação. Como não foi proferida qualquer decisão judicial que tenha declarado a inconstitucionalidade dessas normas, por força do princípio da *presunção de constitucionalidade*¹³⁴, elas gozam de *validade, vigência e eficácia*, razão pela qual os juristas devem aplicá-las.

Passemos a analisar cada espécie de garantia.

¹³¹ “Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada *poderão* ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.”

¹³² A despeito de ser altamente recomendável, a constituição de garantias nos projetos de PPP é *permitida*, mas não é obrigatória, conforme se pode notar na nota de rodapé anterior, em que foi transcrita a íntegra do artigo 8º da Lei nº 11.079/04.

¹³³ Caso o leitor tenha interesse em se aprofundar neste tema, sugerimos a análise das seguintes obras: FERREIRA, Luis Tarcísio Teixeira. *Parcerias Público-Privadas: aspectos constitucionais*. São Paulo: Fórum, 2006.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HARADA, Kioshi. Parcerias público-privadas: inconstitucionalidade do fundo garantidor. In: PAVANI, Sérgio Augusto Z.; ANDRADE, Rogério Emílio de. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP Editora, 2006 RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹³⁴ Sobre este princípio, Luís Roberto Barroso tece as seguintes considerações: “a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; e b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carream para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.” *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 178.

4.2.1. Vinculação de Receitas

No artigo 8º, inciso “I” da Lei n 11.079/04¹³⁵, foi prevista a possibilidade de o parceiro público *vincular receitas* visando à garantia de obrigações pecuniárias por ele contraídas.

A vinculação de receitas não corresponde a uma garantia real¹³⁶ nos moldes do direito civil¹³⁷ no sentido de que, uma vez descumprida determinada obrigação, o sujeito passivo teria direito de executá-la a fim de ser indenizado do valor da obrigação principal. A vinculação de receitas, neste caso, apenas assegura ao parceiro privado que determinada verba pública não seja aplicada para outra finalidade senão àquela exigida pela lei que a destinou. Observa-se, inclusive, que na hipótese de não haver o pagamento das obrigações pecuniárias pelo parceiro público, o parceiro privado seria obrigado a se submeter ao regime de precatórios.

Como o Constituinte não especificou um rol taxativo de receitas passíveis de vinculação, é possível sustentar a interpretação de que a vinculação de receitas seria possível nos casos já permitidos pela Constituição da República e nos casos em que não há vedação expressa, sendo ilícita a vinculação de receita de impostos, diante da proibição do artigo 167, IV supracitado. É possível vincular receitas decorrentes de arrendamentos, royalties, e até da outorga para exploração concessões anteriores à parceria público-privada¹³⁸. Um exemplo interessante corresponde à vinculação de receita referente ao contrato SETOP n 07/2007 (Concessão Patrocinada – Rodovia MG-050), conforme transcrição abaixo:

¹³⁵ “Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;”

¹³⁶ “[...] o direito real de garantia é o que confere ao seu titular o poder de obter o pagamento de uma dívida com o valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação.” GOMES, Orlando. Direitos reais. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. P. 345.

¹³⁷ “[...] não vejo na impenhorabilidade dos bens públicos restrição à vinculação de receitas públicas. Talvez o argumento incorra num defeito de compreensão relativamente à técnica da vinculação de receitas como mecanismo de garantia. Muito embora a técnica da vinculação de receitas possa reconduzir-se a uma noção mais abrangente de “garantia”, porquanto consiste também numa forma de assegurar que certo patrimônio, previamente reservado pelo orçamento, seja carregado para o pagamento de obrigações do Poder Público, não se apresenta como uma categoria específica, na acepção de ser uma *obrigação acessória* de garantia.” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público Privada*. Op. Cit. P. 370.

¹³⁸ “[...] não se admite vincular – salvo nas hipóteses previstas na Constituição – tão somente as receitas oriundas de impostos. O mesmo não se aplica às demais receitas, para as quais não há qualquer restrição constitucional. Pode-se cogitar, por exemplo, da vinculação das receitas oriundas de arrendamentos ou de *royalties*. Aliás, em PPPs no setor ferroviário constitui uma opção interessante a vinculação dos pagamentos pela outorga ou pelo arrendamento da malha previstos nos contratos de concessão comum em curso para garantia de pagamentos em contratos futuros de PPP.” RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada: Fundamentos econômico-jurídicos*. Op. Cit. P. 220.

“38.2. As obrigações do GARANTIDOR incidirão sobre parcela dos direitos à participação nos lucros líquidos decorrentes da venda de produtos derivados do beneficiamento e industrialização de minérios pela Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração – CBMM, emergentes de sociedade em conta de participação constituída pelo GARANTIDOR e pela CBMM, nos termos de escritura pública 82 datada de 28 de setembro de 1972, lavrada pelo Cartório do 6º Ofício de Notas de Belo Horizonte, cópia da qual é reproduzida no Anexo XII do Edital.”

Apesar de a vinculação de receita não ter natureza de obrigação acessória à obrigação principal nos termos do direito civil, isso pode contribuir com a prevenção da ocorrência de patologias de não recomposição do equilíbrio nas PPPs, sobretudo no caso de reajuste da concessão administrativa, uma vez que, como essa “garantia” tem natureza de vinculação orçamentária, o poder público estaria impedido de dar outra destinação a esta verba pública. Assim, não haveria justificativa, a princípio, para a não aplicação de reajuste à remuneração parceiro privado.

4.2.2. Fundos especiais

No artigo 8º, inciso II da Lei nº 11.079/04¹³⁹ foi prevista a possibilidade de instituição ou de utilização de *fundos especiais* para garantir a execução do contrato de parceria público-privada.

A situação dos referidos fundos, previstos no artigo 71 da Lei nº 4.320/64¹⁴⁰, é semelhante à vinculação de receita, tratada no item anterior: tanto os fundos especiais como a vinculação de receita não têm natureza jurídica de garantia real ou pessoal, nos termos do direito civil. A finalidade desses institutos¹⁴¹ corresponde a dar destinação a verbas para evitar que o parceiro público as empregue com outras despesas.

Diferente da vinculação de receitas, que normalmente visa a destinar verbas a um contrato específico de PPP, os fundos especiais tendem a dar destinação a contraprestações

¹³⁹ “Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: [...] II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;”

¹⁴⁰ “Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.”

¹⁴¹ “A distinção mais relevante [entre vinculação de receitas e fundos especiais] é, provavelmente, o fato de a vinculação de receita poder ser logicamente estabelecida para um único contrato, enquanto soa estranho criar um fundo especial que não seja para o pagamento de contraprestações públicas que não seja para o pagamento de PPP em geral.” RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada: Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 228

referentes a diversos contratos de PPP. Sendo assim, esses institutos diferenciam-se, sobretudo, em relação ao escopo da vinculação¹⁴².

Na hipótese de inadimplemento contratual, no entanto, o parceiro privado apenas poderá ser restituído mediante regime de precatórios¹⁴³. Isso se dá em razão de os fundos especiais não terem personalidade jurídica, de modo que o seu patrimônio confunde-se com o patrimônio do ente federativo a que está vinculado.

Da mesma forma que no caso de vinculação de receita, os fundos especiais podem contribuir com a prevenção da ocorrência de patologias de não recomposição do equilíbrio nas PPPs, sobretudo no caso de reajuste da concessão administrativa, haja vista que o poder público estaria impedido de dar outra destinação a esta verba pública, razão pela qual não haveria motivo à não aplicação de reajuste à remuneração parceiro privado.

4.2.3. Seguro-garantia e garantias prestadas por organismos internacionais e instituições financeiras não controladas pelo poder público

No artigo 8º, incisos III e IV da Lei nº 11.079/04¹⁴⁴, foram previstas a *contratação de seguro-garantia* por companhia seguradora não controlada pelo poder público e a prestação de garantias por organismos internacionais e instituições financeiras que também não sejam controladas pelo poder público.

Diferente das hipóteses analisadas anteriormente, o seguro-garantia tem por finalidade, justamente, ressarcir a concessionária de eventuais inadimplementos contratuais cometidos por parte do poder concedente, tratando-se, deste modo, de uma garantia real, nos termos previstos pelo direito civil.

¹⁴² “A distinção mais relevante é, provavelmente, o fato de a vinculação de receita poder ser logicamente estabelecida para um único contrato, enquanto soa estranho criar um fundo especial que não seja para o pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP em geral.” Idem.

¹⁴³ “Independente da natureza do fundo especial, constitui patrimônio do próprio ente que o instituiu e não tem personalidade jurídica própria. Trata-se, sobretudo, de uma forma de planejamento e de execução orçamentária, por meio da vinculação de receitas a determinadas finalidades, com a característica adicional de permitir que, ao final do ano, o saldo não utilizado permaneça na conta do fundo e não retorne ao caixa único do Tesouro Nacional. Do ponto de vista da garantia, o mecanismo é muito semelhante ao da vinculação de receitas. Ou seja, apresenta-se também como uma garantia orçamentária, que está a impedir a utilização de receitas vinculadas para despesas não contidas nas finalidades dispostas na lei de instituição do fundo especial.” RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada: Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 212.

¹⁴⁴ “Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: [...] III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;”

A celebração do citado seguro-garantia bem como da prestação de garantia por entidades privadas ou internacionais está longe de ser tarefa simples: como o poder público tende a ser um *mal pagador*¹⁴⁵, o risco de garantir o pagamento de suas obrigações pecuniárias em um contrato de longo prazo, como é o caso de uma PPP, pode implicar em elevados custos, podendo até inviabilizar sua contratação. De todo modo, conforme apontado por Fernando Vernalha Guimarães, há algumas instituições internacionais que se especializaram na concessão de seguros contra risco político, confira-se:

“[...] algumas poucas instituições internacionais, como o *MIGA – Multilateral Investment Guarantee Agency* e o *OPIC – Overseas Private Investment Corporation*, especializaram-se numa modalidade de concessão de seguros contra *risco político (political risk insurance)*, que tem como beneficiários financiadores em *project finance* no Brasil¹⁴⁶.” (grifo no original)

No caso de celebração de contratos de seguro garantia, ou de prestação de garantia por entidades internacionais, é fundamental que sejam previstas patologias como hipóteses de execução dessas garantias. Neste caso, poderiam ser previstas as patologias de não aplicação de reajuste e de não recomposição da equação econômico-financeira nos processos de revisão, apesar de identificado e quantificado o desequilíbrio. A possibilidade dessa previsão decorre da liquidez dessas hipóteses de desequilíbrio.

4.2.4. Fundo garantidor e empresas estatais

Além dos fundos especiais previstos no artigo 8º, inciso II da Lei nº 11.079/04, na referida lei também foram previstas as modalidades de garantia por meio de *fundo garantidor e de empresa estatal* criada para essa finalidade, especificamente no artigo 8º, inciso V¹⁴⁷ da referida lei. Diferentemente dos fundos especiais, os fundos garantidores e as empresas estatais criadas para essa finalidade visam a suprir eventual inadimplemento de obrigações do parceiro público, nos moldes de uma garantia real de direito civil. Isso, no entanto, não representa qualquer ofensa ao regime jurídico de bens públicos, uma vez que, como os fundos e as

¹⁴⁵ “o problema é que as próprias razões que ensejaram a concepção legislativa do catálogo de garantias às obrigações do parceiro público, que consideram o déficit de credibilidade do governo brasileiro (como ente contratante), podem desafiar a factibilidade da hipótese. Isto é: considerarem-se os problemas de reputação da Administração Pública como sujeito-contratante, negócios securitários daquela natureza podem apresentar-se excessivamente caros ou mesmo inviáveis.” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. P. 375.

¹⁴⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. Op. Cit. P. 375.

¹⁴⁷ “Art. 8º [...] V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;”

empresas estatais têm natureza jurídica de direito privado, não se submetem à restrição de impenhorabilidade dos bens públicos¹⁴⁸ ou ao regime de precatórios¹⁴⁹.

Para ilustrar essa situação, analisaremos o exemplo do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, cuja criação foi autorizada por meio do artigo 16 da Lei nº 11.079/04¹⁵⁰.

Como se pode notar do artigo 16, § 1º, o FGP tem personalidade jurídica de direito privado. E isso não se deu por acaso. Caso o FGP tivesse natureza autárquica não seria possível a prestação de garantias reais por parte desse fundo; e, no caso de condomínio, apenas seria possível a prestação de garantias reais sobre as quotas privadas, sendo vedada a utilização do patrimônio público como garantia de prestações pecuniárias assumidas pelo parceiro público.

¹⁴⁸ FERREIRA, Luís Tarcísio Teixeira. *Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. P. 182 – 183.

¹⁴⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que a criação de uma entidade de direito privado para prestar garantia a um particular representaria um desvio de finalidade e uma ofensa à isonomia: “[...] ditos fundos se constituiriam com bens públicos. Ora, bens públicos, como é sabido e ressabido, não são suscetíveis de penhora, nem de qualquer modalidade de apoderamento forçado, visto que a forma pela qual credores públicos se saciam, quando não hajam sido regularmente pagos, é a prevista no art. 100 da Constituição, isto é, com o atendimento dos precatórios [...]. De resto, a utilização de tais fundos em benefício de parceiros privados ou de seus financiadores, se não estivesse constitucionalmente obstada pela razão exposta, estaria embargada por outro obstáculo constitucional. É que, ao privilegiá-los no confronto com todos os restante credores do Poder Público, ficariam agredidos, à força aberta, o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, caput, bem como os princípios da impessoalidade e da moralidade, impostos pelo art. 37 da Constituição.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit. P. 802.

¹⁵⁰ “Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§ 1º *O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas*, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§ 2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.” (grifo nosso)

Um outro exemplo de fundo garantidor corresponde ao Fundo Garantidor Baiano de Parcerias – “FGBP”, cuja criação foi autorizada pela Lei estadual n 12.610/12¹⁵¹, sendo que presta garantia ao contrato de PPP do Metrô de Salvador – trecho Lauro de Freitas¹⁵².

No caso de garantia real prestada por fundos, também é fundamental a inclusão das patologias como hipóteses de execução dessas garantias. No contrato de garantia¹⁵³ firmado entre o FGBP e a “Companhia do Metrô de Salvador¹⁵⁴” foi prevista uma *hipótese genérica de execução de garantia* por indenizações devidas pelo poder concedente, o que, em tese, legitimaria a execução dessa garantia no caso de desequilíbrio decorrente da não aplicação de reajuste e de não recomposição dos processos de revisão, apesar de identificado e quantificado o desequilíbrio. Todavia, no nosso entendimento seria fundamental que as patologias tivessem sido tipificadas expressamente, tudo como medida para proporcionar ainda mais segurança jurídica no caso de execução.

No Estado de São Paulo, ao invés de o legislador autorizar a criação de um fundo garantidor, optou por autorizar a criação de uma empresa estatal, no caso, a Companhia Paulista de Parcerias – CPP¹⁵⁵. Apesar de se tratar de uma empresa estatal, o raciocínio é o mesmo: por

¹⁵¹ “Art. 2º O FGBP será criado, administrado, gerido e representado, judicial e extrajudicialmente, pela Agência de Fomento do Estado da Bahia S.A. - DESENBAHIA, pessoa jurídica de direito privado, constituída como sociedade anônima de capital fechado, conforme autorização da Lei nº 2.321, de 11 de abril de 1966, instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pelo Estado da Bahia.

§ 1º O estatuto e o regulamento do FGBP serão aprovados em assembleia dos cotistas.

§ 2º Caberá à instituição financeira deliberar sobre a gestão e alienação dos bens e direitos do FGBP, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez.”

¹⁵² “O fiel adimplemento das obrigações pecuniárias do CONCEDENTE no âmbito do presente CONTRATO será garantido com cotas do FGBP, a ser efetivamente constituído até a assinatura do CONTRATO, nos termos da Lei Estadual 12.610, de 27 de setembro de 2012 e eventuais alterações posteriores, e do seu estatuto e regulamento.” (Contrato n 01/2013)

¹⁵³ “1.2. As obrigações pecuniárias do CONCEDENTE garantidas pelo FGBP neste CONTRATO DE GARANTIA são: (i) as Contraprestações Efetivas; (ii) as parcelas acrescidas às Contraprestações Efetivas decorrentes dos riscos assumidos pelo CONCEDENTE, nos termos das cláusulas 25.4.6 e 25.4.7 do CONTRATO DE PPP; (iii) Aporte de Recursos; e (iv) *indenizações em geral devidas pelo CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA*, sobretudo aquelas decorrentes de extinção antecipada do contrato de PPP.” (grifo nosso) Contrato disponível em: http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projetos/metro_salvador_lauro/Contrato_de_Garantia.pdf. Acesso em: 11 de dezembro de 2016.

¹⁵⁴ Sociedade de propósito específico constituída especificamente para a execução do Contrato de Concessão nº 01/2013.

¹⁵⁵ “Artigo 12 - Fica o Poder Executivo autorizado a constituir pessoa jurídica, sob a forma de sociedade por ações, denominada Companhia Paulista de Parcerias - CPP, para o fim específico de: I - colaborar, apoiar e viabilizar a implementação do Programa de Parcerias Público-Privadas; II - disponibilizar bens, equipamentos e utilidades para a Administração Estadual, mediante pagamento de adequada contrapartida financeira; III - gerir os ativos patrimoniais a ela transferidos pelo Estado ou por entidades da administração indireta, ou que tenham sido adquiridos a qualquer título.” (Lei Estadual nº 11.688/04.)

“ARTIGO 1º - A sociedade por ações denominada COMPANHIA PAULISTA DE PARCERIAS - CPP é parte integrante da administração indireta do Estado de São Paulo, regendo-se pelo presente estatuto, pela Lei federal nº 6.404/76 e demais disposições legais aplicáveis.” (Estatuto social) Disponível em: <http://www.fazenda.sp.gov.br/cpp/estatuto.pdf>. Acesso: em 5 de dezembro de 2016.

se tratar de uma entidade de direito privado, seu patrimônio não é considerado como bem público, e, portanto, estaria apto a prestar garantias reais nos contratos de PPP firmados pelo governo do Estado de São Paulo¹⁵⁶. No entanto, é de suma importância que as patologias também sejam previstas, no respectivo contrato, como condição de execução de garantia.

4.2.5. Outros mecanismos admitidos em lei

No artigo 8º, inciso VI da Lei n 11.079/04, além de todas as garantias listadas anteriormente, o legislador ainda optou por deixar exemplificativo o rol de garantias¹⁵⁷, é bastante interessante, haja vista que isso pode contribuir com a eficácia da norma no sentido de que, na hipótese de serem criadas novas formas de garantia futuramente, não haverá necessidade de alteração da referida lei.

4.2.6. Tipificação das patologias como requisito para execução das garantias

Nos itens anteriores foram apresentadas as garantias das contraprestações pecuniárias que podem ser utilizadas nos contratos de parcerias público-privadas. No entanto, de nada adianta a previsão dessas garantias, se não forem adotadas algumas providências prévias à execução contratual.

Antes de mais nada, na fase interna da licitação, o parceiro público deve constituir a forma de garantia que será responsável por assegurar as obrigações pecuniárias assumidas por ele assumidas, além de discipliná-la contratualmente¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Vide nesse sentido cláusula 52.2 do contrato de concessão patrocinada da Linha 18 do Metrô de São Paulo: “52.2 A Companhia Paulista de Parcerias – CPP assume neste ato, em caráter irrevogável e irretratável, a condição de fiadora solidariamente responsável pelo fiel cumprimento da obrigação imputável ao PODER CONCEDENTE, no que se refere, exclusivamente, ao pagamento do valor correspondente a 6 (seis) prestações mensais da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (Obrigação Solidária), que vigorará, de acordo com os limites e condições estabelecidos nesta Cláusula, a partir do início da OPERAÇÃO COMERCIAL ou da OPERAÇÃO COMERCIAL ANTECIPADA, plena ou parcial, até a liquidação final, pelo PODER CONCEDENTE, da última parcela da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, renunciando expressamente ao benefício previsto no artigo 827 do Código Civil.”

¹⁵⁷ “Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: [...] VI – outros mecanismos admitidos em lei.”

¹⁵⁸ Vide como exemplo a cláusula 27 do contrato de PPP administrativa para concessão da arena Fonte Nova:

“Cláusula Sétima – Garantia De Pagamento Da Contraprestação Pública

7.1 Garantia Pública. O Poder Concedente compromete-se, de forma irrevogável e irretratável, a prestar ao Concessionário, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data de assinatura deste Contrato, garantia ou fluxo de pagamento da contrapartida devida ao Concessionário que, por si só, possa ser aceita pelos Financiadores como um instrumento para que o Concessionário obtenha empréstimo ou financiamento a longo prazo nas taxas de juros praticadas em empreendimentos semelhantes financiados por tais Financiadores.

7.1.1 A recusa formal da garantia ou do fluxo de pagamento prestada pelo Poder Concedente por Agências Oficiais

Ademais, para que o desequilíbrio contratual decorrente das referidas patologias possa ser recomposto por meio da execução das garantias, é necessário que as referidas patologias sejam tipificadas contratualmente¹⁵⁹ como *hipóteses de inadimplência pecuniária do parceiro público*. Isso se dá porque o parceiro privado apenas está autorizado a executar a garantia nas hipóteses previstas contratualmente, nos termos do artigo 5º, inciso VI da Lei nº 11.079/04, transcrito abaixo:

“Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;”

Sendo assim, para estender as garantias a eventuais patologias que possam ocorrer nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, é indispensável que sejam tipificadas as *patologias referentes à fase de recomposição*, uma vez que, neste caso, o desequilíbrio já está liquidado. Sem a liquidação, que ocorre na fase instrutória do processo de reequilíbrio econômico-financeiro, não é possível executar a garantia. Deste modo, entendemos que podem ser tipificadas as seguintes patologias no contrato de PPP: (i) *não aplicação de reajuste*; (ii) *não recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no âmbito das revisões, apesar de ter sido identificado e quantificado o desequilíbrio contratual*.

Para que as garantias possam ser utilizadas em face a patologias que venham a ocorrer ao longo dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, é indispensável que o desequilíbrio já tenha sido liquidado e que essas patologias estejam devidamente tipificadas no contrato de PPP.

de Fomento obriga ao mesmo a substituí-lo até que haja a aceitação formal por parte dos Financiadores - de modo a possibilitar o financiamento de longo prazo – ou, em sua impossibilidade, implica na extinção do contrato de pleno direito, não ensejando direito à indenização, de qualquer natureza, a qualquer das partes.

7.1.2 A aceitação formal da garantia ou do fluxo de pagamento prestada pelo Poder Concedente por uma Agência Oficial de Fomento, ou Agência Multilateral, na forma do *caput* é condição para o início físico e efetivo das obras e serviços da concessão.”

¹⁵⁹ “É evidente que ao contrato caberá, tanto quanto possível e conveniente, a descrição e tipificação das hipóteses de inadimplemento da Administração (e do parceiro privado), ligando-se-lhes as consequências jurídico-contratuais correspondentes. Já se disse que, de um prisma econômico e buscando-se uma formatação eficiente dos contratos, deve-se mirar o melhor detalhamento possível quanto às contingências contratuais, ressalvada a insuportabilidade, a partir de certo estágio, dos custos transacionais. Assim, não apenas o inadimplemento pecuniário do parceiro público, mas as hipóteses de inadimplemento em geral deverão ser retratadas no plano do contrato.” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. Op. Cit. P. 350.

4.3. Autorização para suspensão de investimentos

No Contrato SETOP nº 070/2016 – concessão patrocinada da Rodovia MG-050, foi prevista autorização para suspensão de investimentos, para evitar o agravamento do desequilíbrio econômico-financeiro, no caso de inadimplemento das contraprestações pecuniárias:

“CLÁUSULA 37 – DAS PENALIDADES POR INADIMPLEMENTO DA SETOP NO PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA
37.1. No caso de *inadimplemento, por parte da SETOP, no pagamento da CP [contraprestação pecuniária] à Concessionária, superior a 90 (noventa) dias, será conferida a essa a faculdade de suspender os investimentos em curso bem como as atividades que não sejam estritamente necessárias à continuidade dos serviços ou à utilização pública da rodovia, sem prejuízo do direito à rescisão do Contrato, conforme previsto no art. 39 da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*¹⁶⁰” (grifo nosso)

A supressão de investimento deve ser feita com muita cautela nas concessões, sobretudo no que diz respeito às concessões de serviço público, em que a continuidade é característica do *serviço público adequado*, nos termos do artigo 6º da Lei nº 8.987/95¹⁶¹. Sendo

¹⁶⁰ Contrato SETOP 007/2007 - concessão patrocinada para exploração de rodovia Concorrência nº 070/2006 – DER/MG Disponível em: http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Rodovia_MG050/Contrato_Aditivos/CONTRATO%20007-2008%20MG%20050.pdf Acesso: 2 de dezembro de 2016

¹⁶¹ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º *Serviço adequado* é o que satisfaz as *condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*”

Sobre os princípios da continuidade e regularidade na prestação do serviço público, destaca-se ensinamento de Dinorá Adelaide Musetti Grotti: “O princípio da continuidade dos serviços públicos deriva de sua indispensabilidade, do seu caráter essencial e do interesse geral que o serviço satisfaz. Destarte, seu funcionamento há de ser contínuo, sem interrupções, a ser em hipóteses estritas, previstas em lei. [...]”

Embora para alguns autores regularidade constitua uma consequência do princípio da continuidade do serviço público e empreguem ambos de modo indistinto, o certo é que são regras diferentes. Com efeito, se a continuidade se refere à realização ininterrupta do serviço público, segundo a natureza da atividade desenvolvida e do interesse a ser atendido, a regularidade se vincula à prestação devida de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas para esse fim, ou que lhe sejam aplicáveis.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 261-187.

A proposta ora realizada não deve configurar interrupção do serviço, mas tão somente diminuição de investimentos, de modo que não haveria que se falar em ofensa ao *princípio da continuidade*. Tal proposta, em verdade, estaria plenamente adequada ao *princípio da regularidade*, uma vez que o serviço público estaria sendo prestado de acordo com as regras cabíveis, razão pela qual não haveria que se suscitar qualquer irregularidade nesse sentido.

Ressalvamos, no entanto, a inclusão de uma cláusula nesse sentido em contratos de concessão que tenham por objeto *serviços públicos essenciais*, como é o caso de fornecimento de água e de coleta de esgoto e de energia elétrica, cuja suspensão de investimento poderia comprometer sobremaneira a qualidade do serviço ou representar uma hipótese de interrupção da prestação do serviço público não prevista em lei, o que, a nosso ver, seria ilícito. Vide nesse sentido o artigo 40 da Lei nº 11.445/07: “Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador

assim, é de suma importância que seja especificado, no próprio contrato de concessão, o *rol de obrigações e de investimentos passíveis de serem suspensos*, bem como o *limite temporal dessa suspensão*. Caso não haja esse limite, a qualidade da prestação pode chegar a níveis muito baixos, o que, inclusive, pode ser bastante custoso de ser retomado posteriormente.

Seria extremamente relevante, ainda, que também fossem previstos parâmetros para execução contratual e para aplicação de sanções administrativas específicos para esse período, até para evitar que o contrato seja fiscalizado com base nos parâmetros de execução integral. A previsão desse procedimento fiscalizatório, sem dúvida, contribuiria sobremaneira com a segurança jurídica na execução contratual.

Vale recordar que essa questão foi enfrentada no caso de redução das tarifas das concessionárias de rodovia no Estado do Paraná, em que, inicialmente, foram suspensos os principais investimentos, mas, como isso passou a prejudicar a qualidade da rodovia, fez-se necessária a ampliação da decisão liminar inicialmente proferida. Confira-se um trecho da decisão por que foram ampliados tais efeitos e determinado o restabelecimento dos valores originais das tarifas de pedágio:

“A antecipação dos efeitos da tutela parcialmente deferida no dia 21-8-98, há mais de um ano, portanto, tinha evidente caráter provisório, pois rodovia nenhuma pode manter-se por longo tempo, apenas com as obras de conservação e reparos, sem sofrer deteriorações que o afetem, até, em sua estrutura.

[...] a manutenção da situação provisoriamente admitida pelo provimento liminar que antecipou parcialmente os efeitos da tutela requerida, tende, com o passar do tempo, a agravar a situação de insustentabilidade dos projetos, reclamando urgente revisão [...]”¹⁶²

A redução de investimentos, diferente das outras medidas reparadoras estudadas, compromete em certa medida a prestação adequada do serviço público, o que demonstra sua

nas seguintes hipóteses: I - situações de emergência que atinjam a segurança de pessoas e bens; II - necessidade de efetuar reparos, modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas; III - negativa do usuário em permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida, após ter sido previamente notificado a respeito; IV - manipulação indevida de qualquer tubulação, medidor ou outra instalação do prestador, por parte do usuário; e V - inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.

§ 1º As interrupções programadas serão previamente comunicadas ao regulador e aos usuários.

§ 2º A suspensão dos serviços prevista nos incisos III e V do caput deste artigo será precedida de prévio aviso ao usuário, não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão.

§ 3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas.”

¹⁶² A íntegra desta decisão foi disponibilizada na seguinte obra: CARVALHO, André Castro (Org.) *Contratos de concessão de rodovia*: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP editora, 2009. P. 179-181.

gravidade. Assim, entendemos que os *investimentos apenas devem ser reduzidos* nos casos em que *não couber qualquer outra medida reparadora de cunho executório*. Também em razão da gravidade dessa medida, o *campo de sua aplicação* deve ser restrito a *um rol de hipóteses bastante agressivas à remuneração da concessionária*, que deve ser previamente especificado no contrato de concessão. A justificativa à aplicação restritiva dessa medida encontra respaldo na *proporcionalidade*¹⁶³, que impede a adoção de medidas mais gravosas do que o necessário para que o problema seja solucionado.

No caso de o contrato continuar desequilibrado, mesmo após o encerramento desse período, seria interessante a previsão de uma *cláusula que reconhecesse o inadimplemento contratual*, o que contribuiria com a duração razoável de uma eventual ação que tenha por objeto a rescisão contratual. Com essa cláusula, seria mais simples a comprovação da inadimplência do poder concedente.

4.4. Mecanismos alternativos¹⁶⁴ de solução de controvérsias envolvendo a administração pública: contextualização

A Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem foi editada há 20 (vinte) anos, e, inicialmente, em seu artigo 1º¹⁶⁵ foi positivada autorização genérica para que “todas pessoas capazes de contratar” pudessem se submeter à arbitragem, desde que estivessem envolvidos apenas *direitos disponíveis*. Posteriormente, aproximadamente 10 (dez) anos após a promulgação dessa lei, foi editada a Lei das PPPs, facultando o emprego de *mecanismos alternativos* de resolução de controvérsias, nos termos do artigo 11, inciso III¹⁶⁶. Ato contínuo, foi incorporado o artigo 23-

¹⁶³ A proporcionalidade foi positivada no artigo 2º da Lei 9.784/99: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, *proporcionalidade*, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]VI - *adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;*” (grifo nosso)

¹⁶⁴ Optamos por utilizar a expressão “mecanismos alternativos” ao invés de “mecanismos privados” em razão de os acordos substitutivos não serem conduzidos por qualquer entidade privada, mas sim pelo próprio poder público. Situação semelhante passou a ocorrer com o advento da Lei de Mediação que permite a criação de câmaras de solução de controvérsias dentro da organização administrativa.

¹⁶⁵ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

¹⁶⁶ “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de

A¹⁶⁷ à Lei nº 8.987/95, a fim de autorizar que controvérsias envolvendo concessões comuns também pudessem ser submetidos a esses mecanismos de resolução de controvérsias.

Como a referida autorização positivada na Lei nº 8.987/95 e na Lei nº 11.079/04 é genérica, destaca-se que foi permitida a aplicação não apenas da arbitragem no escopo das concessões, mas também de outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

Da mesma forma que não nos propusemos a analisar a constitucionalidade das garantias prestadas em favos do parceiro privado no âmbito dos contratos de PPP, não o faremos acerca da legislação que versa sobre mecanismos alternativos de solução de controvérsia. Observamos, apenas, que o legislador, recentemente, promoveu alterações na Lei nº 9.307/96, por meio da Lei nº 13.129/15, no sentido de permitir que conflitos envolvendo a administração pública sejam submetidos à arbitragem¹⁶⁸.

Corroborando a supracitada alteração da lei de arbitragem, recentemente, foi promulgada a Lei nº 13.140/15 – Lei de Mediação, por meio da qual foi disciplinado o processo de mediação entre particulares, bem como premissas para mecanismos de autocomposição envolvendo o poder público. No mesmo sentido, no Novo Código de Processo Civil foi fixada a diretriz de que a administração pública, sempre que possível, deve se submeter a mecanismos alternativos de solução de controvérsia¹⁶⁹.

Note-se que o objetivo do legislador caminha no sentido de submeter, a mecanismos alternativos de solução de controvérsia, as controvérsias envolvendo o poder público.

Para os fins desta dissertação, procuraremos analisar como que tais mecanismos podem contribuir, sobretudo, com a duração razoável do processo, evitando que o contrato desequilibrado se perpetue. Ademais, analisaremos como que tais mecanismos devem ser previstos contratualmente para que não se perca a finalidade.

resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

¹⁶⁷ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)”

¹⁶⁸ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (grifo nosso)

¹⁶⁹ Art. 3º [...] § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

4.4.1 Arbitragem¹⁷⁰

Nos termos do artigo 1º da Lei n 9.307/96¹⁷¹, devem ser observados os seguintes condicionantes para submeter determinada controvérsia à arbitragem: (i) *capacidade para contratar* e (ii) *disponibilidade do direito*. No que diz respeito ao primeiro condicionante, de cunho subjetivo, deve-se seguir a regra das entidades aptas à celebração de contratos, ou seja, os entes públicos dotados de *personalidade jurídica* (entes federativos; autarquias; fundações; agências reguladoras; empresas estatais). No que diz respeito ao segundo condicionante, de cunho *objetivo*, a dificuldade estaria na identificação das matérias passíveis de submissão à arbitragem.

Essa dificuldade decorre do fato de a expressão “direitos disponíveis” corresponder a um conceito jurídico indeterminado, o que pode gerar insegurança jurídica na execução contratual. Uma medida que, inclusive, corresponde a um dever legal¹⁷², e que tende a mitigar tal insegurança, corresponde à apresentação, no escopo do próprio contrato de concessão¹⁷³,

¹⁷⁰ Anteriormente, havíamos estruturado este capítulo da seguinte forma: (i) garantias prestadas pelo parceiro público; (ii) mecanismos privados de autocomposição; (iii) arbitragem; (iv) medidas judiciais. A justificativa decorria da composição de dois critérios: (i) efetividade da medida e (ii) consensualismo. Acontece que, na Lei nº 13.140/15, em que são disciplinadas a mediação e mecanismos de autocomposição da administração pública, foram feitas diversas referências à Lei nº 9.307/96, como é o caso de apenas ser possível submeter uma demanda à mediação que tenha por objeto direitos disponíveis (artigo 3º da Lei nº 13.140/15). Como a Lei de Arbitragem é mais antiga, e já há bastante produção a respeito, sobretudo em relação à interpretação de “direitos disponíveis”, optamos por analisar inicialmente a arbitragem, para, em seguida, nos debruçarmos sobre os mecanismos de autocomposição.

¹⁷¹ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

¹⁷² “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: [...]III - a matéria que será objeto da arbitragem;”

¹⁷³ O Governo do Estado de São Paulo adota a prática de editar um decreto regulamentando a concessão das rodovias estaduais, especificando as atividades que são delegadas ao concessionário e as atividades que são privativas do poder concedente, por envolverem exercício de polícia administrativa. Confirma-se, nesse sentido, o Artigo 6º do Decreto Estadual n 53.111/08: “São serviços não delegados aqueles de competência exclusiva do Poder Público, não compreendidos no objeto da CONCESSÃO, tais como: I - policiamento ostensivo de trânsito, preventivo e repressivo; II - fiscalização e autuação de infrações relativas a: a) veículo; b) documentação; c) motorista; d) regras de circulação, estacionamento e parada; e) excesso de peso; III - emissão de outorgas, nos termos da lei, referentes a: a) serviços de transporte coletivo de caráter rodoviário, internacional, interestadual e intermunicipal; b) serviços de transporte coletivo de caráter urbano, intermunicipal, suburbano, metropolitano ou municipal; c) serviços de transporte de trabalhadores rurais ou de pessoas em veículos de carga; d) realização de eventos na rodovia; e) serviços de transporte de cargas excepcionais e de cargas perigosas. Parágrafo único - Dependem de autorização do PODER PÚBLICO, a pedido da CONCESSIONÁRIA, na forma regulamentada nas normas vigentes: 1. acesso a propriedades lindeiras ao sistema rodoviário concedido; 2. ocupação de faixa de domínio; 3. a publicidade em geral, permitida em lei.”

Eventualmente, poderia ser adotada esta mesma sistemática para a definição de matérias passíveis de serem submetidas à arbitragem.

dos temas¹⁷⁴ passíveis de serem submetidos à arbitragem, garantindo-se, deste modo, a estabilidade e a segurança na execução contratual.

No caso dos contratos de concessão em que não haja previsão das matérias a serem submetidas à arbitragem, é possível se valer do *critério negativo* apresentado por Carlos Ari Sundfled e por Jacintho Arruda Câmara de que os *atos de império* do poder público, que corresponderiam às competências indisponíveis, não poderiam ser submetidos à arbitragem, ao passo que os *atos de gestão*¹⁷⁵, “cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas”, estariam abarcados no escopo da arbitragem.

As dificuldades que podem surgir com uma cláusula arbitral em um contrato de concessão não se restringem ao referido vício; há outros, como é o caso das *cláusulas escalonadas*; das *cláusulas vazias*; das cláusulas em que é feita a indicação de *órgão arbitral inexistente*; das cláusulas em que se faz alusão a um *mecanismo inválido para indicação de árbitro*. Analisemos cada um desses vícios.

Com a *cláusula escalonada*, antes de iniciar o processo de arbitragem, exige-se a *submissão da controvérsia à mediação ou à conciliação*. À primeira vista, a ideia de solucionar um conflito mediante autocomposição parece ser interessante. No entanto, se a mediação ou conciliação forem conduzidas pelo mesmo profissional responsável pela eventual arbitragem, existe o risco de essa etapa não gerar frutos, uma vez que, para a autocomposição ser efetiva, é indispensável que haja extrema transparência nas negociações¹⁷⁶. Na hipótese de as partes terem ciência de que o mediador ou conciliador poderá assumir, posteriormente, a função de árbitro, certamente ocultarão informações que poderiam ser relevantes para o sucesso da autocomposição.

¹⁷⁴ É interessante que o rol não seja taxativo, haja vista que é impossível prever todos os conflitos que podem ocorrer durante a execução contratual. Nesse sentido, se ocorresse um conflito que atendessem aos requisitos legais para submissão à arbitragem, mas no contrato tivesse sido previsto um rol taxativo de matérias, em que o referido conflito não chegou a ser previsto, as partes teriam que se socorrer do judiciário, ou alterar o escopo do compromisso arbitral, o que é improvável em um contexto de litígio. Neste caso, seria interessante, no entanto, que fosse adotado algum critério para a identificação de direitos disponíveis, conforme será analisado mais adiante neste capítulo.

¹⁷⁵ “[...] seria possível afirmar que a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de *atos de gestão*. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de *atos de império*.” (grifo no original) O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. Op. Cit. 258.

¹⁷⁶ “Durante o processo de negociação, as partes devem ter a tranquilidade de poder revelar ao mediador ou conciliador os detalhes do contrato e suas expectativas de solução de controvérsia; não creio que as partes, sabendo que o profissional que tenta atingir a transação será eventualmente o juiz da futura demanda, possam tirar o melhor proveito do método autocompositivo: a percepção, pelo mediador ou conciliador, dos objetivos das partes e das possibilidades reais de composição [...] dependem da transparência das negociações, que ficará empanada se as partes mantiverem reservas, cautelas e reticências diante de um mediador que poderá transformar-se em juiz.” CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 34-35.

Ademais, é possível que, diante do contexto conflituoso, as partes não estejam dispostas a negociar¹⁷⁷, o que apenas atrasaria o processo arbitral, atentando, inclusive, contra uma de suas principais características, que é a *celeridade*¹⁷⁸.

De todo modo, caso se entenda pela previsão de *cláusula escalonada* em contratos de concessão, é interessante que o profissional responsável pela condução da autocomposição não seja o mesmo que conduzirá o eventual processo de arbitragem.

No que diz respeito à *cláusula vazia*, cujos efeitos são disciplinados nos artigos 6º e 7º da Lei nº 9.307/96¹⁷⁹, este vício consiste na previsão do compromisso arbitral sem a indicação de árbitros, nem de método ou de critério para sua nomeação. Nesta espécie de cláusula viciada,

¹⁷⁷ Quanto a este ponto, Carmona pondera que “O binômio tempo-urgência, por outro lado, pode exigir que uma das partes desde logo instaure a arbitragem (antecedida, eventualmente, de medida cautelar pleiteada perante o juiz estatal), o que infringe, em última análise, a promessa contratual de submeter litígio primeiro à mediação/conciliação e, somente em caso de insucesso, passar à arbitragem.” Op. Cit. 35.

¹⁷⁸ Destaca-se, nesse sentido, a cláusula 54.1 do contrato de concessão patrocinada n 01/2014 ARTESP (Concessão da Rodovia Tamoios): 54.1 As Partes se comprometem a buscar solução amigável para qualquer Controvérsia surgida ao longo da execução deste Contrato. Em caso de Controvérsia, representantes das partes se reunirão, dentro de 10 (dez) dias úteis contados da notificação de qualquer uma das Partes à outra, estabelecendo a Controvérsia, com vistas a solucioná-la. Caso a reunião não ocorra ou as Partes não cheguem a um consenso em até 10 (dez) dias úteis após a realização da reunião, qualquer uma delas poderá solicitar a formação de um Tribunal Arbitral.

Outro exemplo de cláusula escalonada foi previsto no contrato de concessão patrocinada n 4232521201 (Metropolitano de São Paulo - Linha 4- amarela), nestes termos: “35.10. Prejudicado o procedimento de mediação, qualquer das partes poderá submeter a controvérsia ao juízo arbitral ou ao *Judiciário*, conforme o caso.

35.11. Eventuais divergências entre as partes, relativamente às matérias abaixo relacionadas, que não tenham sido solucionadas amigavelmente pelo procedimento de mediação, serão obrigatoriamente dirimidas por meio de arbitragem, na forma da Lei n 9.307/96;”

¹⁷⁹ “Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocava o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.”

restringem-se, as partes, a indicar que, na hipótese de conflito, recorrerão à arbitragem, dificultando a instauração do procedimento arbitral.

Outros vícios que também podem estar presentes nas cláusulas de arbitragem correspondem à alusão a um árbitro inexistente ou à previsão de um procedimento impossível para indicação de árbitro. Apesar de esses vícios serem distintos da cláusula vazia, a consequência é a mesma: o impedimento da instauração do processo arbitral. Nestes casos, na hipótese de as partes não chegarem a um acordo sobre a escolha dos árbitros, será necessário ingressar com uma ação judicial visando à solução deste vício, para que, posteriormente, o processo de arbitragem possa ser iniciado.

A fim de evitar a ocorrência desses vícios, a estruturação das cláusulas de arbitragem deve observar, à risca, os requisitos do artigo 10¹⁸⁰ e, se possível, do 11¹⁸¹ da Lei nº 9.307/06, em que, respectivamente, foram positivados o conteúdo mínimo do compromisso arbitral, e, outras matérias que podem ser inseridas na referida cláusula. Caso assim não seja feito, a arbitragem deixará de contar com um de seus principais objetivos, que é a celeridade processual¹⁸².

¹⁸⁰ “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.”

¹⁸¹ “Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.” (grifo nosso).

Em cláusulas arbitrais de contratos de concessão é vedado o julgamento por equidade, haja vista a proibição constante do artigo 2º, § 3º da Lei n 9.307/96, transcrito a seguir: “Art. 2º [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

¹⁸² Além da observância às exigências legais, nunca é demais usar como exemplo cláusulas que tenham sido bem estruturadas, como é o caso do compromisso arbitral constante do contrato de concessão nº 02/2011 – ANAC, que tem por objeto a delegação da infraestrutura aeroportuária de Guarulhos, nestes termos: “ 16.5 Quaisquer litígios, controvérsias ou discordâncias relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos, serão definitivamente resolvidos por arbitragem, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI (doravante simplesmente denominado “Regulamento de Arbitragem”), observadas as disposições do presente item e da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

16.6 A arbitragem será conduzida por um Tribunal Arbitral composto por 03 (três) árbitros, sendo 01 (um) árbitro nomeado pela ANAC, 01 (um) árbitro nomeado pela Concessionária e o terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, será indicado pelos dois outros árbitros nomeados pelas Partes. ^[11]

4.4.2. Diretrizes para autocomposição na administração pública previstas na Lei nº 13.140/15

Com a edição da Lei nº 13.140/15, foram disciplinadas diretrizes para *autocomposição* de conflitos em que seja parte alguma pessoa jurídica de direito público. No entanto, não é novo o tema dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias em que a administração pública é parte¹⁸³. A inovação da legislação em referência corresponde à tentativa de *ampliação da eficácia* desses mecanismos às demais entidades da administração pública, nos termos do artigo 32 da Lei nº 13.140/15¹⁸⁴.

Com a referida lei, propõe-se a criação¹⁸⁵ de *câmaras de prevenção e de resolução administrativa de controvérsias* no âmbito da administração¹⁸⁶. Destacam-se algumas matérias

16.7 Caso a designação do presidente do Tribunal Arbitral não ocorra no prazo de 30 (trinta) dias corridos, a contar da nomeação do segundo árbitro, ou não haja consenso na escolha, a Corte Arbitral procederá à sua nomeação, nos termos do Regulamento de Arbitragem. [...]

16.13 Observado o disposto neste item, as partes poderão, de comum acordo, eleger outra Câmara Arbitral, com seu respectivo regulamento, para solução dos conflitos. ^[1]_{SEP}

16.14 A responsabilidade pelos custos do procedimento arbitral será determinada da seguinte forma:

16.14.1 A Parte que solicitar a arbitragem será responsável pelas custas para instauração do procedimento arbitral, incluindo o adiantamento de percentual dos honorários devidos aos árbitros; ^[1]_{SEP}

16.14.2 Os custos e encargos referentes a eventuais providências tomadas no procedimento arbitral recairão sobre a Parte que solicitou a providência, sendo compartilhados pelas Partes quando a providência for requerida pelo próprio Tribunal Arbitral; ^[1]_{SEP}

16.14.3 A parte vencida no procedimento arbitral assumirá todas as custas, devendo ressarcir a parte vencedora pelas despesas que já tenha assumido no procedimento; e ^[1]_{SEP}

16.14.4 No caso de procedência parcial do pleito levado ao Tribunal Arbitral, os custos serão divididos entre as Partes, se assim entender o Tribunal, na proporção da sucumbência de cada uma.”

¹⁸³ Juliana Bonacorsi de Palma no capítulo 3 de sua obra “Sanção e acordo na administração pública” apresenta um rico histórico da consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 189-262.

¹⁸⁴ “Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.[...]” [grifo nosso]

Juliana Bonacorsi de Palma afirma, em sua obra publicada em 2015, que “o modo de previsão da consensualidade evidenciado no direito administrativo brasileiro aproxima-se do modelo de previsão difusa da consensualidade, dada a ausência de permissivo genérico na lei federal de processo administrativo [...]”.PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. Op. Cit. P. 236.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil e com a Lei n 13.140/15, cuja promulgação foi posterior à publicação da referida obra, entendemos que o ordenamento jurídico brasileiro passou a ter uma autorização genérica para realização de mecanismos consensuais de solução de controvérsia.

¹⁸⁵ Até o depósito desta dissertação, não identificamos a criação dessas câmaras. Observa-se que a União, antes da edição da referida Lei, já havia criado a “Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal”, criada pelo ato regimental n 05/2207 da Consultoria Geral da União – CGU.

¹⁸⁶ “Art. 32 [...] § 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

que integram a competência dessas câmaras: (i) solução de conflitos entre órgãos e entidades administrativas; (ii) avaliação da admissibilidade dos pedidos de resolução de conflito, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; (iii) celebração de termo de ajustamento de conduta¹⁸⁷; (iv) resolução de conflitos que envolvam *equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados entre a administração e particulares*¹⁸⁸. Frise-se, entretanto, que a submissão dessas matérias aos processos de autocomposição, como não poderia ser diferente, é facultativa, até porque, se assim não for, cairá por terra o consenso, que é a base dos mecanismos de autocomposição.

Cada ente federativo deverá regulamentar a supracitada lei para que possa aplicá-la dentro de sua esfera de competência e, conseqüentemente, passar a utilizar os mecanismos de autocomposição para solução de controvérsias envolvendo pessoas jurídicas de direito público e particulares.

A edição de uma *autorização legal genérica* para que a administração pública possa se submeter a mecanismos de autocomposição pode contribuir com a estabilidade da execução das concessões, sobretudo no caso de entes federativos que ainda não dispunham de qualquer autorização nesse sentido.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.”

Até o depósito desta dissertação não identificamos a edição de qualquer decreto regulamentar, o que prejudicou em parte nossa análise, haja vista que a lei é bastante genérica.

¹⁸⁷ A autorização para que a administração pública celebre “termos de ajustamento de conduta” não é nova. É verdade que, a depender do setor regulado, é atribuído uma denominação específica para esse instrumento, a despeito de muitos efeitos serem semelhantes. Visando a simplificar o estudo da matéria, Diogo de Figueiredo Moreira Neto fez alusão ao gênero desses instrumentos, no caso, *acordo substitutivo*, que alberga espécies distintas, inclusive, mas não só, a mais célebre entre elas, que é o Compromisso de Ajustamento de Conduta, previsto na Lei nº 7.347/85 – Lei de Ação Civil Pública (“LACP”). Confira-se: “Os acordos substitutivos são instrumentos administrativos, que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de ofício ou por provocação de interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, ou com menos custos.” Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 231; p. 129-156. Rio de Janeiro, Editora FGV.

Caso o leitor queira se aprofundar neste tema, sugerimos a análise da Tabela 1, inserida nos anexos desta dissertação, e a leitura da seguinte obra: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. Op. Cit.

¹⁸⁸ “Art. 32. [...] § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.”

Caminhou bem o legislador nacional ao editar essa lei. Mostrou-se preocupado com os conflitos envolvendo equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, que, diga-se de passagem, não são poucos. O tema do equilíbrio econômico-financeiro corresponde à única matéria inserida no rol de competência das referidas câmaras, haja vista que o resto da competência dessas entidades diz respeito a *instrumentos jurídicos de autocomposição* para resolução das mais diversas espécies de controvérsia, e não a matérias concretas.

É verdade que, juridicamente, esse fato não tem grande relevância, uma vez que o tema do equilíbrio econômico-financeiro poderia ter sido inserido tanto por meio de decreto como a partir da referida lei. No entanto, a inserção desse tema no capítulo de autocomposição da referida demonstra a importância do tema referente aos conflitos envolvendo reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

O objetivo desses mecanismos de autocomposição corresponde a que o processo administrativo seja mais célere e as decisões, mais efetivas¹⁸⁹, sobretudo no caso das concessões, que se caracterizam pela longa e complexa execução contratual, o que pode agravar eventuais desequilíbrios econômico-financeiros contratuais.

Apresentadas considerações sobre diretrizes para aplicação de mecanismos de autocomposição, passemos à análise mais detida sobre mediação e conciliação¹⁹⁰.

4.4.3. Mediação e Conciliação¹⁹¹

No Novo Código de Processo Civil foram inseridos os mecanismos de conciliação e de mediação¹⁹² judicial, havendo previsão dos aspectos de escolha do conciliador e do mediador, além de ter sido criada a audiência de conciliação e de mediação, que fomenta a autocomposição entre as partes. Na Lei nº 13.140/15, por sua vez, foi disciplinado com mais detalhes o processo de mediação, tanto na esfera judicial como extrajudicial¹⁹³, o que se passa a analisar a seguir.

É verdade que no artigo 1º da Lei nº 13.140/15 apenas foi prevista a mediação entre particulares. No entanto, enquanto não forem editados os decretos regulamentares disciplinando os mecanismos de autocomposição no âmbito da administração pública, foi permitida a

¹⁸⁹ “[...] paralelamente à questão da economia [e da celeridade] processual, é de se notar também a demanda por decisões mais efetivas. O aventado baixo *enforcement* dos provimentos jurisdicionais assim como a discussão acerca da qualidade das decisões, por vezes aquém da esperada pelas partes, incentivaram a positivação de mecanismos negociados.” [grifo no original] PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. Op. Cit. P. 198.

¹⁹⁰ Optamos por abrir um item específico para tratar da mediação em razão de, na Lei nº 13.140/15, ter sido disciplinado um procedimento específico.

¹⁹¹ Não é nova a previsão da conciliação no ordenamento jurídico brasileiro: Na lei n 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais já havia previsão de conciliação. No entanto, como nosso objeto de estudo está restrito ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões, tal legislação não seria aplicável, razão pela qual não iremos estudá-la.

¹⁹² A principal diferença que se extrai do Novo Código de Processo Civil entre a conciliação e a mediação corresponde ao grau de intervenção do condutor das negociações. Confira-se, nesse sentido, o artigo 165, 2º e 3º do aludido código: “Art. 165. [...] § 2º O *conciliador*, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, *poderá sugerir soluções para o litígio*, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O *mediador*, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, *auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito*, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, *identificar, por si próprios, soluções consensuais* que gerem benefícios mútuos.” (grifo nosso)

Apesar da diferença conceitual, o procedimento previsto no Novo Código de Processo Civil é o mesmo para ambos mecanismos de solução de controvérsia, que, diga-se de passagem.

¹⁹³ Como há mais detalhes do processo de mediação, e como o legislador, no Código de Processo Civil, equiparou o processos desses mecanismos de solução de controvérsia, focaremos nossa análise na mediação, e quando cabível, faremos referência à conciliação.

utilização da mediação para solucionar controvérsias envolvendo particulares e a administração pública¹⁹⁴.

No que diz respeito à matéria a ser submetida à mediação e à conciliação, as exigências legais são mais amplas, se comparadas com as exigências da Lei nº 9.307/96: além dos *direitos disponíveis*, também é possível submeter à mediação direitos indisponíveis que admitam transação¹⁹⁵. A redação do artigo 32, § 5º apenas reforça a legitimação de que esse tema pode ser objeto de mediação, confira-se:

“Art. 32. [...] § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a *resolução de conflitos* que envolvam *equilíbrio econômico-financeiro* de contratos celebrados pela administração com particulares.” (grifo nosso)

Conforme já havíamos pontuado anteriormente, é necessário que os *direitos disponíveis* sejam especificados contratualmente, para que não haja dúvidas acerca da matéria que pode ser submetida à mediação e à conciliação. Especialmente, neste caso, como também é possível submeter à mediação e à conciliação matérias que envolvam direitos passíveis de transação, é necessário, também, que haja especificação dessas matérias.

Delimitado o cabimento da mediação, passemos à análise dos princípios que devem orientar esse procedimento de resolução de controvérsia, nos termos do artigo 2º da Lei nº 13.140/15, abaixo transcrito:

“Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:
I - imparcialidade do mediado;
II - isonomia entre as partes;
III - *oralidade*;
IV - informalidade;

¹⁹⁴ “Art. 33. Enquanto não forem criadas as *câmaras de mediação*, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.” (grifo nosso) Reconhecemos que a redação deste dispositivo legal não é a mais adequada: fez-se menção a *câmaras de mediação*, sendo que, em nenhum outro artigo da referida lei foram previstas “câmaras de mediação”, mas sim “câmaras de prevenção e resolução de conflito” (seção I do capítulo II – artigos 32 a 34). Ora, como não foi feita referência às câmaras de mediação em qualquer outro dispositivo desta lei, e o artigo 33 encontra-se na seção I do Capítulo II, que tem por objeto a “autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”, que, inclusive, depende das câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos, entendemos que a única interpretação possível ao artigo 33 corresponde à possibilidade de aplicação da mediação no âmbito da administração pública, até que não sejam criadas as *câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos*.

¹⁹⁵ “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.” Como o equilíbrio econômico-financeiro já foi inserido no escopo de matérias passíveis de serem submetidas à arbitragem, foge do nosso objeto de estudo análise pormenorizada dos *direitos indisponíveis passíveis de transação*. De todo modo, caso o leitor queira se aprofundar, sugerimos a leitura do item 5.3.4 da seguinte obra: MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 122 – 124.

- V - *autonomia da vontade das partes*;
- VI - busca do consenso;
- VII - *confidencialidade*;
- VIII - boa-fé. (grifo nosso)

Como o legislador destinou as normas de mediação aos particulares, a sua aplicação à administração pública merece alguns ajustes, sob pena de ferir o regime jurídico de direito público.

No que diz respeito à *imparcialidade do mediador*, não há qualquer óbice nesse sentido. O mediador assemelha-se, neste caso, à figura do magistrado, devendo, inclusive, observar às mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz¹⁹⁶.

Em relação ao princípio de *isonomia entre as partes*, tampouco há que se suscitar qualquer incompatibilidade. Não se discute que à administração pública é conferida uma série de prerrogativas, o que diferencia o poder público dos particulares. Acontece que essas prerrogativas não devem ser presumidas, sob pena de serem atribuídos poderes ao poder público sem respaldo legal.

Como o regime jurídico de direito público está pautado no princípio da legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, é imperioso que essas prerrogativas apenas sejam observadas quando previstas em *lei*. Como no caso da mediação e da conciliação, o legislador não atribuiu prerrogativas ao administrador, de modo que seria inadequado suscitá-las neste escopo. Sendo assim, é possível afirmar que, nos processos de mediação envolvendo a administração pública, será atendido o princípio de *isonomia entre as partes*.

Como os atos administrativos devem ser produzidos por escrito¹⁹⁷, sob pena de *invalidade*¹⁹⁸, o princípio da *oralidade* deve ser afastado neste caso. Até porque, se assim não for, os administrados e os órgãos de controle não poderão exercer a adequada fiscalização da atuação administrativa.

No que toca à *informalidade*, não apenas não há qualquer incompatibilidade, como na própria Lei nº 9.784/99 há, inclusive, previsão nesse sentido, nos termos abaixo:

¹⁹⁶ “Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.”

¹⁹⁷ “Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º *Os atos do processo devem ser produzidos por escrito*, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.” – Lei nº 9.784/99 (grifo nosso). No nosso entendimento, apesar de a Lei nº 13.140/15 ser mais recente que a lei geral de processo administrativo federal, isso não implica em uma derrogação de regime, uma vez que as normas de mediação foram destinadas aos particulares, cabendo, portanto, ao jurista a adequada interpretação.

¹⁹⁸ “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade [...]” - Lei nº 9.784/99.

“Art. 2º [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] IX - *adoção de formas simples*, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;” (grifo nosso)

Sendo assim, o *princípio da informalidade* está plenamente de acordo com o regime jurídico de direito público.

O princípio da *autonomia da vontade das partes*, por sua vez, deve ser afastado quando se tratar de mediação envolvendo entidades da administração pública, uma vez que a administração pública exerce *função*¹⁹⁹, ou seja, exerce sua atividade em nome de outrem, no caso, a dimensão pública do interesse de cada administrado. Nesse sentido, a administração pública não é titular dos direitos inerentes à sua atividade, o que a impede de ter *autonomia da vontade*.

O princípio da *busca de consenso* corresponde à finalidade propriamente dita da mediação. Confirma-se, nesse sentido, o próprio conceito proposto no artigo 1º, parágrafo único da lei em análise:

“Art. 1º [...] Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, *as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais* para a controvérsia.”

Se o referido princípio não fosse aplicável, seria ilógico suscitar a submissão, à mediação, de conflitos que envolvem a administração pública: estaríamos indo contra a própria finalidade desse procedimento de solução de controvérsia.

O princípio da *confidencialidade*, no entanto, não deve prevalecer no caso dos processos de mediação em análise. Isso se dá porque o regime jurídico de direito público está lastreado na publicidade, nos termos do artigo 37, caput, da Constituição da República²⁰⁰. Sobre esse tema, inclusive, na Lei nº 9.307/96 foi incluído o parágrafo 3º ao artigo 2º, em que se determina que toda arbitragem envolvendo a administração pública deve observar o *princípio da publicidade*.

¹⁹⁹ “[...] a Administração exerce *função*: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las.” (grifos no original) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit. P. 72.

²⁰⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, *publicidade* e eficiência [...]” (grifo nosso)

Por fim, é notório que a administração pública deve observar a *boa-fé*. Tanto é assim que foi positivada determinação nesse sentido na Lei nº 9.784/99²⁰¹, não havendo dúvidas, portanto, quanto à aplicação desse princípio.

Apresentadas as considerações sobre os princípios aplicáveis à mediação que tenha por objeto conflitos envolvendo a administração pública, passemos a analisar algumas características desses mecanismos de solução de controvérsia.

Diferente da *arbitragem*, que apenas pode ser *extrajudicial*, a *mediação e a conciliação* podem ser tanto *judiciais*²⁰², como *extrajudiciais*²⁰³. No caso da mediação transcorrida perante o judiciário, o termo final desse processo terá natureza de *título executivo judicial*, ao passo que em mediação extrajudicial o ato final terá natureza de *título executivo extrajudicial*.

No tocante ao início do processo de mediação extrajudicial, pode haver uma *cláusula* no próprio contrato de concessão disciplinando o *procedimento de mediação*, nos termos do artigo 22 da lei em análise, o que se assemelha bastante com o compromisso arbitral. Assim como na Lei de Arbitragem foram especificados os requisitos do compromisso arbitral, no supracitado artigo 22²⁰⁴ foram descritos os requisitos que devem ser observado na cláusula contratual de mediação, no caso: (i) prazo máximo e mínimo para realização da primeira reunião de mediação; (ii) local em que a reunião será realizada; (iii) critérios de escolha do(s) mediador(es); (iv) penalidade em caso de não comparecimento à primeira reunião.

Interessante que, na hipótese de a cláusula estar incompleta, ao invés de submeter à apreciação judicial – como seria no caso das cláusulas arbitrais vazias -, foram estipulados, na própria Lei nº 13.140/15 (artigo 22, § 2º²⁰⁵), alguns critérios a serem seguidos a fim de não frustrar o processo de mediação.

²⁰¹ Art. 2º [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

²⁰² Além da subseção III da Lei nº 13.140/15 (artigos 24 a 29), no Código de Processo Civil ainda foi destinada uma seção específica para conciliadores e mediadores judiciais: seção V (artigos 165 a 174).

²⁰³ Subseção II - Artigos 21 a 29 da Lei nº 13.140/15.

²⁰⁴ Confira-se o artigo 22: “Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;

II - local da primeira reunião de mediação;

III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;

IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. [...]”

²⁰⁵ “[...] § 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação:

I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite;

II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais;

No tocante à mediação judicial, o legislador estipulou o prazo de duração de 60 (sessenta) dias para o trâmite do processo de mediação judicial, como forma de assegurar a celeridade, que é uma das principais características desse mecanismo de solução de controvérsia. Uma decisão célere, muitas vezes, é bastante relevante em um conflito envolvendo equilíbrio econômico-financeiro de concessões, até como forma de evitar que o desequilíbrio se agrave.

Apresentadas as compatibilizações jurídicas que devem ser feitas para que a mediação e a compatibilização sejam aplicadas à administração pública, e uma vez expostas algumas características desses procedimentos, passemos à análise das principais patologias que mais se adequam à submissão dos mecanismos de autocomposição.

4.4.4. Acordos substitutivos

Além da mediação e da conciliação, os acordos substitutivos²⁰⁶ também podem contribuir significativamente com a reparação dos danos decorrentes das patologias nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões.

Por meio dos acordos substitutivos, é possível (i) *substituir* a aplicação de uma eventual sanção administrativa; (ii) suspender o trâmite de processos administrativos; (iii) ou até impedir que os processos administrativos venham a ser instaurados, conforme leciona Juliana Bonacorsi de Palma:

“No plano normativo os acordos substitutivos prestam-se a três funcionalidades específicas, quais sejam: (i) substituir a sanção administrativa ao final do processo administrativo; (ii) suspender o trâmite do processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo; ou (iii) impedir a instauração de processo administrativo sancionador²⁰⁷.”

A primeira característica funcional apresentada acima, *a possibilidade de substituição* corresponde uma das funcionalidades que mais pode contribuir com a reparação de efeitos das

III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista;”

IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.”

²⁰⁶ Como o nosso objeto não corresponde ao estudo dos acordos substitutivos propriamente ditos, analisaremos esse mecanismo de forma indireta, ou seja, sempre visando à reparação de danos decorrentes de patologias nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, de modo que não estudaremos todas as espécies de acordos substitutivos.

²⁰⁷ DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na administração pública*. Op. Cit. P. 252.

patologias: imagine-se que uma concessionária tenha diversos processos administrativos sancionatórios em trâmite perante a respectiva entidade reguladora. No entanto, naquele ano o poder concedente não autorizou a aplicação de reajuste. Por meio da celebração de acordo substitutivo, é possível promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mediante a *substituição do dano* decorrente da não aplicação de reajuste pelo arquivamento de eventuais processos administrativos que possam ensejar a condenação da concessionária.

Como a segunda e a terceira características funcionais expostas não envolvem aspectos pecuniários, a princípio não seria possível a sua utilização para a finalidade ora pretendida, razão por que não nos debruçaremos sobre tais hipóteses.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara discorrem sobre o fundamento normativo dos acordos substitutivos, nos termos do trecho transcrito a seguir:

“Existem [...] três tipos possíveis de fundamento normativo para a celebração de acordos substitutivos: a) um de caráter geral, na Lei de Ação Civil Pública; b) outro, de caráter setorial, nos casos em que o legislador, tendo editado ele próprio uma legislação substantiva, houve por bem autorizar de modo expreso sua modulação pela autoridade administrativa; e c) por fim, os regulamentos administrativos editados pelos reguladores setoriais, que autorizem a negociação infralegal, evitando com isso a aplicação ou execução das sanções²⁰⁸”

Os Compromissos de Ajustamento de Conduta são as espécies de *acordos substitutivos* mais conhecidas, o que, a nosso ver, deve-se a sua abrangência (pode ser celebrado entre os órgãos e entidades legitimados a promover Ações Civis Públicas e quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, e não apenas atuantes em um determinado setor da economia). De acordo com o §6º do art. 5º da LACP, tais Compromissos podem ser celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, inclusive autarquias, como segue:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a *autarquia*, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: [...]§ 6º *Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.*” (grifo nosso)

²⁰⁸ Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *RDPE* 34. Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2011. P. 141-142. Como o referido artigo foi publicado antes da edição da Lei n 13.140/15, atualmente também há o fundamento geral para celebração de acordos substitutivos no artigo 32, inciso III da referida lei, nestes termos: “Art. 32. União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: [...]III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

Como se vê, o Termo de Ajustamento de Conduta, previsto na Lei de Ação Civil Pública, é aplicável às relações de *sujeição geral*²⁰⁹, por que se submetem, à administração pública, todos os administrados. No entanto, o vínculo de uma concessionária com o poder concedente corresponde à *sujeição especial*²¹⁰, haja vista que esta relação jurídica foi construída *espontaneamente por parte da concessionária*, de modo que a disciplina dos acordos substitutivos aplicável às concessões *poderia prescindir de lei em sentido estrito*. Nesse sentido, decreto regulamentar ou atos normativos das próprias entidades reguladoras poderiam disciplinar o *procedimento e o conteúdo* desses acordos substitutivos. Sobre esse tema, vale trazer à baila o apontamento de Marçal Justen Filho:

“A avença de ajustamento de condutas encontra-se, em muitos casos, autorizada expressamente em lei. Assim, por exemplo, existe previsão expressa relativamente ao TAC no p. 6º do art. 5º da Lei nº 7.347 (que disciplina a ação civil pública). Mas se pode reputar que a *competência discricionária para regular condutas privadas contemple o poder jurídico para avençar ajustamento de conduta*. As condutas socialmente desejáveis podem ser promovidas por meio de soluções negociadas, ao invés de impostas de modo unilateral pelo poder público²¹¹.” (grifo nosso)

Conquanto a definição do conteúdo de acordos substitutivos seja *competência discricionária do poder público*, a edição de um decreto regulamentar ou mesmo de um ato normativo disciplinando o procedimento e as matérias que podem ser objeto desse acordo. Na referida regulamentação, também deve ser especificada a consequência jurídica no caso de eventual descumprimento do acordo substitutivo. Sem dúvida, essa regulamentação pode contribuir com a *segurança jurídica*²¹², evitando futuras impugnações desse acordo no sentido de que não haveria respaldo normativo.

²⁰⁹ “É corrente na doutrina alemã (de onde se originou, por obra sobretudo de Otto Mayer) e nas doutrinas italiana e espanhola, a distinção entre a supremacia geral da Administração sobre os administrados e a supremacia especial (assim chamada na Itália e, às vezes, na Espanha) ou relação especial de sujeição (como é referida na Alemanha e, às vezes, na Espanha).

De acordo com tal formulação doutrinária, que a doutrina brasileira praticamente ignora, a Administração, com base em sua supremacia geral, como regra não possui poderes para agir senão extraídos diretamente da lei” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit. P. 842.

²¹⁰ “[...] nas situações referidas [de sujeição especial], ou em muitas delas, seria impossível, impróprio e inadequado que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit. P. 844-845.

²¹¹ *Curso de direito administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 425.

²¹² Sobre o tema dos acordos substitutivos, vale pontuar que o Ministério Público Federal formulou representação junto ao Tribunal de Contas da União, Processo. nº 019.494/2014-9, suscitando a ilegalidade de diversos acordos substitutivos celebradas pela ANTT com base, sobretudo, nos seguintes argumentos: (i) suposto não atendimento, na celebração dos TACs pela ANTT, das características do Compromisso de Ajustamento de Conduta, previsto na LACP; (ii) ausência de consequência jurídica na hipótese de descumprimento dos TACs, em virtude de não possuírem efeito de título executivo extrajudicial; (iii) transação envolvendo multas administrativas, o que configuraria suposta renúncia de receita indevida, nos termos do artigo 14 e seguintes da Lei Complementar nº. 101/00 - Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, na hipótese de ocorrência de patologia que provoque desequilíbrio que seja líquido e certo, é possível que a recomposição se dê por meio da celebração de um acordo substitutivo, por meio do qual, eventualmente, poderiam ser arquivados processos administrativos sancionatórios que culminem com a aplicação de sanção pecuniária.

4.4.5. Patologias mais adequadas para serem submetidas a mecanismos de autocomposição

Como é possível notar nos subitens anteriores, nos mecanismos de autocomposição não há previsão de uma *fase de conhecimento*, em que se investiga se a patologia chegou a ocorrer (identificação) e, caso positivo, o *quanto* que a concessão chegou a ficar desequilibrada (quantificação). Note-se que se não houver acordo quanto à *ocorrência* da *patologia*, será impossível a celebração de um acordo sobre o desequilíbrio dela decorrente. Ademais, na hipótese de patologia cujo desequilíbrio não esteja liquidado, sua submissão a mecanismos de autocomposição tampouco logrará frutos, uma vez que nestes mecanismos não há fase instrutória, de modo que não será possível a quantificação do desequilíbrio. Nestes casos, é mais adequado que os conflitos sejam submetidos à arbitragem ou ao próprio poder judiciário.

Os conflitos que mais se adéquam²¹³, portanto, aos mecanismos de autocomposição têm por objeto patologias que ocorrem na *fase de recomposição propriamente dita dos processos de reequilíbrio*, haja vista que nesta fase, a princípio²¹⁴, não haverá discussão do montante desequilibrado.

Possivelmente, um caso concreto de patologia que mais se adéque aos mecanismos de autocomposição corresponda às manifestações de 2013 contra o aumento tarifário em São

Conquanto a análise da legalidade de acordos substitutivos não seja o objeto desse estudo, tais apontamentos, em nosso entendimento, não devem prevalecer. Em primeiro lugar, como já apontado acima, o compromisso de ajustamento de conduta, apesar de ser a espécie mais conhecida de acordos substitutivos, não corresponde à única (vide anexo). Como o compromisso de ajustamento de conduta tem natureza de título executivo extrajudicial, muito provavelmente o MPF também utilizou isso como parâmetro para construção do argumento. Ocorre que, como é possível notar da planilha anexa, são atribuídas diversas consequências jurídicas aos acordos substitutivos, sendo que não há qualquer irregularidade nesse sentido em razão de na legislação específica não haver tal exigência. E, por fim, tampouco restaria configurada renúncia indevida de receita, haja vista que a renúncia de receita prevista Lei de Responsabilidade Fiscal está delimitada à receita de natureza tributária, o que não seria o caso.

²¹³ Ainda que seja faticamente pouco provável as partes estarem de acordo acerca de uma patologia que tenha ocorrido na fase de instrução, se isso ocorrer, é juridicamente possível que essas patologias sejam submetidas aos mecanismos de autocomposição.

²¹⁴ Se houver divergência quanto aos resultados da fase instrutória do processo de reequilíbrio, ou o concessionário ou o poder concedente fez os cálculos equivocadamente. Na hipótese de o erro ter sido cometido pelo poder concedente, haverá, então, duas patologias no mesmo processo administrativo: uma na fase instrutória e a outra, na fase de recomposição. Neste caso, antes de mais nada, é necessário solucionar a primeira patologia, para que, posteriormente, seja enfrentada a segunda.

Paulo²¹⁵. Nesta situação, tanto o poder concedente como as próprias concessionárias poderiam estar de acordo no sentido de que o aumento tarifário causaria mais prejuízos do que benefícios. Deste modo, o processo de autocomposição poderia ter como objeto apenas a análise de uma outra forma de recomposição, ao invés do aumento da tarifa.

Por todo o exposto, é possível afirmar que os mecanismos de autocomposição, em regra, se adéquam mais a patologias referentes à *fase de recomposição propriamente dita*, haja vista que não haverá necessidade de dilação probatória. Ademais, é indispensável que as partes estejam abertas à celebração de um acordo, caso contrário, é mais produtivo recorrer à arbitragem ou ao poder judiciário.

4.5. Processos judiciais

Além de todas as medidas expostas anteriormente, ainda resta a possibilidade de submeter a patologia à apreciação judicial.

No caso de processos administrativos de reequilíbrio econômico-financeiro, o concessionária²¹⁶ fica condicionado à judicialização do mérito das patologias ao encerramento do processo administrativo, ou à *inexistência de recurso administrativo com efeito suspensivo*, sob pena de se usurpar a esfera administrativa.

No caso da legislação do Estado de São Paulo, no entanto, a concessionária já estaria autorizado a submeter a discussão ao judiciário na hipótese de o poder concedente ficar em mora na apreciação do processo administrativo de reequilíbrio. Com o intuito de fixar parâmetros para identificação da mora administrativa, o legislador paulista tipificou no artigo 33, § 1º da Lei Estadual nº 10.177/98²¹⁷ que o silêncio administrativo superior a 120 (cento e

²¹⁵ Vide subitem 2.2.1.

²¹⁶ Restringimos a judicialização de questões referentes aos processos de reequilíbrio econômico-financeiro sob o aspecto do concessionário. Diante das prerrogativas atribuídas pela legislação para o exercício da função administrativa - *presunção de legitimidade; imperatividade e autoexecutoriedade* -, uma determinada decisão proferido no âmbito do processo administrativo, *presume-se verdadeira*. Ademais, como essa decisão já obriga o concessionário, ainda que não concorde (imperatividade), não é necessário que o poder concedente se socorra do judiciário, até porque, na hipótese de descumprimento que envolva indenização, o poder concedente pode inscrever o concessionário na dívida ativa - autoexecutoriedade. Caso o leitor queira se aprofundar no tema, vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, Op. Cit. P. 421.

²¹⁷ “Artigo 33 - O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido.

§ 1.º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.

§ 2.º - Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

§ 3.º - O disposto no § 1.º deste artigo não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento.”

vinte) dias teria o efeito de denegar o pedido formulado. A ideia do referido dispositivo legal consiste em fixar parâmetros objetivos para a configuração da mora administrativa. A vantagem do referido dispositivo corresponde à possibilidade de já submeter, ao judiciário, a discussão de mérito, ainda que não tenha havido qualquer decisão de mérito²¹⁸.

A despeito dos efeitos do referido artigo 33, § 1º da Lei Estadual nº 10.177/98, a administração pública tem o dever de se manifestar sobre o mérito do pedido, nos termos do artigo 33, § 2º da referida lei, o que corrobora a ideia de que o artigo 33, § 1º seria um parâmetro para identificação da mora administrativa.

Apresentados alguns aspectos introdutórios, pretendemos analisar a judicialização de acordo com cada espécie de patologia, uma vez que isso pode implicar em diferentes medidas a serem adotadas.

4.5.1. Mandado de Segurança: não recomposição, apesar de reconhecido e quantificado o desequilíbrio

Caso o desequilíbrio já tenha sido identificado e quantificado, mas a recomposição não chegou a se concretizar, fica caracterizado um *ato coator* do poder concedente, de modo que a judicialização da matéria pode se dar por meio de *mandado de segurança*, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX da Constituição da República²¹⁹:

“Artigo 5º, [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger *direito líquido e certo*, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;”

A possibilidade de impetração de mandado de segurança nestes casos encontra fundamento na hipótese de cabimento deste remédio constitucional: a proteção de *direito*

²¹⁸ No caso de outros entes federativos, em que não há lei atribuindo efeito denegatório ao silêncio administrativo, vale destacar que, como a concessão corresponde a uma relação especial de sujeição, essa disciplina poderia ser prevista no próprio contrato de concessão. Caso o leitor queira se aprofundar no tema dos efeitos do silêncio administrativo, vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit. P. 417.

²¹⁹ O legislador reproduziu em grande parte o citado dispositivo constitucional no artigo 1º da lei nº 12.016/09, conforme se transcreve a seguir: “Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

líquido e certo, o que significa que o direito pode ser defendido de plano, *sem necessidade de dilação probatória*²²⁰.

Especificamente no tocante aos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, o cabimento do aludido remédio constitucional está condicionado a não ter sido recebido recurso administrativo com efeito suspensivo²²¹, ou, se no mérito tiver sido negado provimento do pedido. Isso se justifica pelo fato de que o efeito suspensivo do recurso administrativo afastaria o *interesse de agir*, condição para impetração deste remédio constitucional, uma vez que não haveria qualquer efeito de ato coator²²².

No caso de a segurança ser concedida, necessariamente deverá ser observado o duplo grau de jurisdição, conforme determinação do artigo 14, § 1º da lei nº 12.016/92²²³.

Deste modo, sendo possível a demonstração do direito sem que haja dilação probatória, é cabível a impetração de mandado de segurança. Destaca-se, no entanto, que um dos requisitos para o conhecimento deste remédio constitucional corresponde a inexistência de recurso administrativo que tenha sido recebido com efeito suspensivo, sob pena de afastar uma das condições da ação, no caso, o *interesse de agir*.

4.5.2. Ação ordinária: não identificação ou não quantificação do desequilíbrio;

Apesar de reconhecido o desequilíbrio contratual, em algumas situações o montante desequilibrado não chega a ser quantificado pelo poder concedente. Nestes casos, a judicialização da matéria dependerá de uma robusta fase probatória, o que, de pronto, afasta a

²²⁰ Não havendo necessidade de dilação probatória, o direito é líquido e certo. Nesse sentido, é a lição Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes: “Quando a lei alude a “direito líquido e certo”, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é *líquido, nem certo*, para fins de segurança.” (grifo no original) *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34 ed. São Paulo: Malheiros. P. 37.

²²¹ A partir da análise da Lei nº 9.784/99 – Lei de processo administrativo da União, é possível identificar que os recursos administrativos, em regra, não devem ser recebidos com efeito suspensivo, apesar de haver autorização para o recebimento do recurso com duplo efeito. Confira-se, nesse sentido, o artigo 61:

“Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo. Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.”

²²² Conforme já exposto acima, na lei de processo administrativo do Estado de São Paulo há previsão atribuição de efeitos ao silêncio administrativo a fim de autorizar a judicialização da matéria. Nesse sentido, se for aplicável a referida legislação, ainda que esteja pendente de julgamento recurso administrativo recebido com efeito suspensivo, a judicialização da matéria é possível, no caso de ter sido proferido qualquer ato decisório em 120 (cento e vinte) dias.

²²³ “Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.”

possibilidade de impetração de mandado de segurança, haja vista que o direito não é *líquido e certo*.

O Novo Código de Processo Civil inovou no que diz respeito à produção antecipada de provas, o que pode contribuir sobremaneira com o tema da judicialização de patologias referentes a processos de reequilíbrio econômico-financeiro de concessões.

Anteriormente, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a produção antecipada de provas apenas era cabível, mediante propositura de ação cautelar, o que se exigia a demonstração de *fumus bonus iuris* e *periculum in mora*²²⁴.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a produção antecipada de provas não tem natureza cautelar, de modo que a comprovação dos requisitos de *fumus bonus iuris* e *periculum in mora* passa a não ser mais indispensável para essa solicitação em juízo, nestes termos:

“Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
 I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
 II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
 III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.”

Ainda que o conteúdo do inciso “I” reflita a disciplina anterior, o legislador inovou sobremaneira nos demais incisos: isso porque as partes podem se valer da antecipação de provas²²⁵ para subsidiar uma medida consensual, ou até para avaliar o risco da judicialização.

Em algumas situações de patologias em processos de reequilíbrio econômico-financeiro de concessões, apesar de ser possível identificar o desequilíbrio, nem sempre a sua quantificação é simples. Assim, a produção antecipada de provas pode ser um meio eficaz para que a concessionária possa mensurar a viabilidade da judicialização da causa.

²²⁴ Vide nesse sentido os artigos 847 e 849 do Código de Processo Civil de 1973:

“Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I - se tiver de ausentar-se;

II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor. [...]

Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.”

²²⁵ “Diante da amplitude do texto legal, superada a vinculação entre prova antecipada e perigo da demora, não há maior espaço para eventual juízo negativo do órgão judicial no que diz com a necessidade de medida; salvo se a eventualmente a própria intervenção estatal se afigurar dispensável para obtenção da prova.” YARSHELL, Flávio Luís. Comentário ao artigo 382. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. P.1097.

Na hipótese de a concessionária optar pela judicialização, seja para dar seguimento à produção antecipada de provas, seja para deflagrar uma nova demanda, deverá ser proposta ação ordinária perante a vara da fazenda pública (caso haja vara específica na comarca), tendo por objeto a identificação e quantificação do desequilíbrio, visando à indenização no caso de já ter ocorrido o termo contratual (obrigação de dar), ou à determinação para que o poder concedente recomponha o equilíbrio econômico-financeiro (obrigação de fazer)²²⁶.

4.5.3. Determinação, pelo magistrado, dos mecanismos de recomposição do: risco de ofensa à discricionariedade administrativa

Uma questão relevante sobre a judicialização de processos de reequilíbrio econômico-financeiro de concessões corresponde, muitas vezes, à impossibilidade de o magistrado determinar os mecanismos para que o contrato seja reequilibrado.

Em alguns contratos de concessão, a escolha dos mecanismos de recomposição é *competência discricionária do poder concedente*²²⁷, de modo que isso representa um impeditivo para a especificação do mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na própria sentença. Nestes casos, os juízes devem se limitar à identificação e à quantificação do desequilíbrio contratual, e, conseqüentemente, ao reconhecimento da obrigação de o poder concedente reequilibrar o contrato, mas sem indicar o mecanismo de recomposição.

Apesar de essa medida dar a ideia de que a ação judicial não resolveria o problema, em razão de não promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, tal medida, em muitas situações, é indispensável para a identificação e quantificação do desequilíbrio, haja vista a impossibilidade de eventual acordo entre as partes.

²²⁶ A dificuldade de se recompor o equilíbrio econômico-financeiro na esfera judicial dá-se em razão de alguns contratos de concessão determinarem que a escolha das medidas para recomposição ser privativa do poder concedente. De todo modo, esse tema será analisado no item subsequente.

²²⁷ Como exemplo, vale trazer à baila a cláusula 6.5 do anexo XI do edital para concessão patrocinada do aeroporto regional de Zona da Mata – MG (Concorrência SETOP nº 26/2014), nestes termos:

“6.5. A forma pela qual será implementado o REEQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO será definida pelo PODER CONCEDENTE, dentre as medidas abaixo elencadas, individual ou conjuntamente: 6.5.1. Revisão dos valores da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA;

6.5.2. Alteração do prazo da CONCESSÃO;

6.5.3. Revisão do cronograma de investimentos da CONCESSIONÁRIA

6.5.4. Alteração das obrigações contratuais da CONCESSIONÁRIA;

6.5.5. Pagamentos diretos à CONCESSIONÁRIA, ou.

6.5.6. Outra forma definida de comum acordo entre o PODER CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA que altere o fluxo de caixa da CONCESSIONÁRIA”. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/component/gmg/page/761-consulta-audiencia-publica>. Acesso em 08/10.2016.

No caso de encerramento das concessões, no entanto, a indenização mediante pagamento de verbas orçamentárias será a única alternativa para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a favor da concessionária, de modo que, ao invés de na sentença ser imposta uma “obrigação de fazer”, já será quantificada a obrigação de “dar quantia certa”.

Nos casos de execução contra a fazenda pública, deve-se observar o regime de precatórios, nos termos do artigo 100²²⁸ da Constituição da República, o que impõe a observância de uma ordem cronológica de pagamentos, salvo exceções previstas nos parágrafos²²⁹ do referido dispositivo constitucional.

4.6. Conclusões Parciais

Conforme apontado acima, na hipótese de não ser possível a prevenção da ocorrência das patologias, é necessário adotar medidas visando à reparação de danos.

A reparação desses danos pode se dar por meio de *garantias* ofertadas pelo parceiro público nos contratos de parceria público-privada. Para isso, no entanto, é necessário que a *patologia tenha sido anteriormente tipificada* como uma hipótese de execução de garantia. Justamente pelo caráter executório dessas garantias, a sua aplicação deve ficar restrita às *patologias inerentes à fase de recomposição*, em que o desequilíbrio já foi identificado e quantificado.

Outra medida de reparação de danos, também de natureza contratual, corresponde à *cláusula autorizativa para suspensão de investimentos*. Neste caso, no entanto, dada a gravidade dessa medida, é fundamental que seja restrita a hipóteses bastante onerosas, de modo que sua aplicação se dê apenas de forma subsidiária.

Além de medidas contratuais de cunho executório, analisamos, também, mecanismos alternativos de solução de controvérsia, destacando-se a arbitragem, a mediação e a conciliação.

²²⁸ “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

²²⁹ “[...] § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.”

Procuramos analisar as formalidades que devem ser observadas para constituir o compromisso arbitral ou a cláusula de mediação e de conciliação, tudo como medida para que um dos principais objetivos almejados, no caso, a celeridade no trâmite processual, não caia por terra.

Analisamos, ainda, a possibilidade de celebração de acordos substitutivos visando à reparação de danos decorrentes dessas patologias mediante compensação pelo arquivamento de processos administrativos sancionatórios.

Como ainda resta a possibilidade de judicialização da patologia, estudamos quais medidas judiciais devem ser adotadas para cada natureza de patologia, no caso: (i) *mandado de segurança* contra patologias inerentes à fase de recomposição, em que o desequilíbrio já é líquido e certo e (ii) *ação ordinária*, nas hipóteses em que o desequilíbrio não tiver sido identificado ou quantificado.

Uma dificuldade que pode ser enfrentada na judicialização das referidas patologias corresponde à identificação, pelo juízo, dos mecanismos que serão utilizados para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Em alguns contratos, essa é uma competência privativa do poder concedente, de modo que o juízo estaria impedido de adentrar nessa seara, sob pena de desrespeitar a competência discricionária do poder público.

CONCLUSÕES

Com este trabalho, buscamos analisar meios jurídicos que proporcionem *segurança jurídica* aos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões.

A insegurança jurídica é prejudicial à adequada execução contratual. Não raras vezes, uma atuação não planejada do ente regulador ou do poder concedente, inevitavelmente, gera desequilíbrio econômico-financeiro, podendo até colocar em risco a concessão. Sobre esse tema, vale recordar o caso do Governo do Paraná em que se impôs uma redução de 50% (cinquenta por cento) às tarifas das concessões de rodovia, que, salvo por decisão liminar, por que foram suspensos investimentos, o contrato não se tornou inexecutável.

A insegurança jurídica na execução de uma concessão, no entanto, não prejudica apenas as entidades envolvidas diretamente nessas relações jurídicas, mas *toda a sociedade*. Diante de uma atuação pública instável e imprevisível, o risco regulatório tende a ser alto, onerando as concessionárias com a precificação desse risco. Ocorre que esse custo, inevitavelmente, será incorporado à remuneração da concessionária, de modo que, em última instância, os usuários ou a sociedade como um todo, no caso de concessão administrativa, deverão suportar esse custo.

Para iniciar a nossa abordagem, *mapeamos* as principais *patologias* que podem ocorrer nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões. Em outras palavras: procuramos identificar os *principais descumprimentos de normas* nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro de concessão. *Mapeamos* patologias nas *fases instrutória* e de *recomposição propriamente dita* dos citados processos de reequilíbrio. Em relação ao primeiro grupo, merecem destaque as seguintes patologias: (i) *alteração unilateral* do índice de reajuste sem a concomitante recomposição; (ii) *quantificação equivocada do desequilíbrio*; e (iii) *mora* na condução dos processos de reequilíbrio. No que toca ao segundo grupo, as patologias resumem-se à *não recomposição do equilíbrio contratual*, seja em decorrência da não aplicação de reajuste, seja em sede de processos de revisão.

Em seguida, analisamos *medidas* que proporcionem *maior segurança jurídica* na condução dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, para *evitar a ocorrência dessas patologias*.

A criação de *procedimento específico para reequilíbrio econômico-financeiro*, em que sejam devidamente observados princípios e regras processuais, pode contribuir com a *prevenção de mora processual e de quantificação equivocada do desequilíbrio*. Isso dá-se

porque, com um procedimento específico, dificilmente haverá remessa dos autos a entidades incompetentes, o que tende a acelerar o trâmite processual. Ademais, se adequadamente observada a fase de contraditório do procedimento administrativo, eventuais erros de cálculo ou de metodologia podem ser revistos pelo poder concedente ao longo do processo de reequilíbrio.

Apesar de a *estipulação de prazos* com consequências jurídicas visar a combater a mora no trâmite desses processos, tal medida também pode contribuir com a prevenção da quantificação equivocada do desequilíbrio: com o passar do tempo, o contexto fático é alterado, de modo que a coleta de informações técnicas torna-se cada vez mais complexa, dificultando, assim, a análise da identificação e da quantificação do desequilíbrio. Por outro lado, se essa análise for realizada dentro de um prazo estipulado contratualmente, não haverá tais dificuldades.

A coleta de informações técnicas no âmbito dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, sem dúvida, corresponde a uma atividade de alta complexidade na execução contratual. Acontece que, se houver falhas na coleta dessas informações, poderá ocorrer vícios na identificação e na quantificação do desequilíbrio contratual. Por isso, além da estipulação dos prazos para notificação do evento causador de desequilíbrio, o *acompanhamento incisivo da execução* contratual é fundamental para o alcance desse objetivo. Daí a importância de a fiscalização contratual ser realizada por meio de *verificador independente*, e, no caso de eventuais divergências, haver previsão de *Dispute Board*, que, além de propor soluções a controvérsias, poderá contribuir com a adequada instrução técnica de futuros processos judiciais ou arbitrais, e, conseqüentemente, com a duração razoável desses processos.

Para afastar a patologia de *não atualização da remuneração da concessionária*, é importante que os contratos prevejam a figura do *reajuste automático*, por que se busca afastar, na medida do possível, a influência política do aumento da remuneração da concessionária.

Na *terceira etapa* deste estudo, analisamos como *reparar os danos* decorrentes de situações em que a patologia já tenha ocorrido. A natureza das medidas aplicáveis a estas situações varia: foram estudadas *medidas executórias*, mecanismos alternativos de solução de controvérsias, bem como medidas judiciais cabíveis.

As *medidas executórias* estudadas têm natureza *contratual*, como é o caso das *garantias prestadas pelo parceiro público* no âmbito dos contratos de PPP, e da *autorização contratual para suspensão de investimentos* nas hipóteses de inadimplemento por parte do poder concedente. Tais medidas podem ser utilizadas para patologias que provoquem desequilíbrio que seja líquido e certo. Para aplicação dessas medidas, no entanto, é fundamental

a sua disciplina contratual, com a delimitação das hipóteses autorizativas, bem como os limites a serem observados, sob pena de, no caso da suspensão de investimento, colocar em risco a prestação do serviço público adequado.

No que diz respeito aos *mecanismos alternativos de solução de controvérsia*, estudamos mecanismos de *heterocomposição*, como é o caso da arbitragem e de uma das espécies de *Dispute Boards*, bem como mecanismos de *autocomposição*, que corresponde à *mediação e à conciliação e a acordos substitutivos*.

Além de estudarmos como esses mecanismos podem contribuir com a reparação de danos decorrentes das patologias nos processos de reequilíbrio, procuramos analisar alguns *requisitos formais* a serem observados na adoção desses mecanismos, como é o caso da elaboração do *compromisso arbitral*, para que não haja entraves na instauração da arbitragem, por exemplo.

Por fim, na hipótese de não haver previsão regulamentar ou contratual para adoção de medidas alternativas para solução de controvérsia citadas anteriormente, ainda é possível o ingresso com ações judiciais. Nesse sentido, procuramos identificar, de acordo com cada espécie de patologia, as medidas judiciais mais adequadas. É o caso, por exemplo, da não aplicação de reajuste: por se tratar de um desequilíbrio que já foi identificado e quantificado, seria possível a impetração de mandado de segurança.

A partir deste estudo, foi possível notar que a ampla maioria das patologias identificadas não decorre de falhas na legislação em sentido estrito (Leis nº 8.666/93; 8.987/95; 11.079/04; 9.784/99), mas sim de *vícios na estruturação dos contratos e na sua regulação*. Carlos Ari Sunfeld, ao se debruçar sobre a alteração de parâmetros de reajuste nas concessões, já se posicionou nesse sentido:

“[...] a legislação brasileira, conquanto tenha lá seus defeitos, foi, sim, bastante atenta ao desafio da previsibilidade dos reajustes nos contratos de concessão, e dedicou a ele um conjunto de regras capaz de conferir segurança normativa à relação entre concedente e concessionário. É uma legislação madura, ao menos nesse sentido.

[...] as eventuais resistências e desconfianças do mercado em relação aos projetos de infraestrutura pública no Brasil *não decorrem de déficits da legislação geral*. Elas têm a ver muito mais com a postura das autoridades, que, em alguns casos, formaram uma visão distorcida quanto à extensão das prerrogativas públicas nas relações contratuais e, em outros casos, não querem ou não conseguem, quando da formatação dos projetos, investir tempo e esforço na construção de critérios contratuais consistentes e completos²³⁰”

²³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; ROSILHO, André. As cláusulas de reajuste nos contratos públicos e a segurança jurídica. Op. Cit. P. 235.

Para que se alcance a *segurança jurídica*, o poder público deve atuar de forma *planejada*, ou seja, passar a estruturar os contratos de concessão de maneira séria. Ademais, como as concessões caracterizam-se pela longa duração, é fundamental que os governos futuros cumpram os contratos vigentes, independente de terem sido firmados pela gestão que está no poder.

É verdade que, com o advento da Lei nº 11.079/04, o legislador estipulou garantias e restrições, sobretudo de ordem orçamentária, para evitar que o poder público deixasse de adimplir suas obrigações assumidas por meio dos contratos de PPP. Vale destacar, nesse sentido, as considerações de Carlos Ari Sunfeld:

“A característica central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se põem: tanto *impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros*, como *oferecer garantias que convençam o particular a investir*²³¹.” (grifo nosso)

No entanto, ainda assim, não se pode afirmar que a execução de contratos como os de concessão tende a ser estável no Brasil. Ainda é preciso evoluir nesse quesito.

Conquanto o problema ora enfrentado não seja decorrente de déficit legislativo, é possível que o Projeto de Lei do Senado nº 349/16²³², por que se propõe a reforma do Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro - proporcione segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito administrativo. O artigo 20 desse projeto de lei merece destaque, uma vez que almeja justamente o que estamos buscando com essa dissertação, que o poder público passe a ter *dimensão prática de suas decisões*:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos *sem medir as consequências práticas da decisão*.” (Projeto de Lei do Senado nº 349/15)

Sendo assim, espera-se que, com contratos bem estruturados tecnicamente, e com uma regulação adequada, seja possível mensurar as consequências práticas das decisões

²³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari.(coord.) *Parcerias Público-Privadas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 23

²³² Até o depósito desta dissertação, o último andamento deste projeto de lei ocorreu no dia 30 de novembro de 2016, data em que foi remetido à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

administrativas, a fim de reduzir as patologias nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, e, com isso proporcionar mais segurança jurídica às execuções contratuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Leticia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da Prestação de Serviço Público sob o Regime de Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Tarifa nas Concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO, André Castro (coord.). *Contratos de Concessão de Rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP editora, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O Contrato de Concessão de Rodovias: Particularidades, Alteração e Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, p. 186-215, 2012

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 178.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 34-35.

CARVALHO, André Castro (Org.) *Contratos de concessão de rodovia: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP editora, 2009.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adílson Abreu. *Processo Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, Luis Tarcísio Teixeira. *Parcerias Público-Privadas: aspectos constitucionais*. São Paulo: Fórum, 2006.

GARCIA, Flávio Amaral. *O Dispute Board e os Contratos de Concessão*. In: *Colunistas*. Ano 2016. Nº 121. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 02 de novembro de 2016.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 261-187.

HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão comum de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2012.

HARADA, Kioshi. Parcerias público-privadas: inconstitucionalidade do fundo garantidor. In: PAVANI, Sérgio Augusto Z.; ANDRADE, Rogério Emílio de. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP Editora, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. P. 887.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Utilização das faixas de domínio por concessionária de rodovias federais. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mar. 2011. Disponível em: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72153 Acesso em: 07 de agosto de 2016.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34 ed. São Paulo: Malheiros.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 231; p. 129-156. Rio de Janeiro, Editora FGV.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do Concessionário: Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 252-266.

_____; SOUZA, Rodrigo Pagani de; ROSILHO, André. As cláusulas de reajuste nos contratos públicos e a segurança jurídica. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim (coord.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 215 – 236.//

_____. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.) *Parcerias Público-Privadas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 23

_____. Introdução ao processo administrativo: *Processo e procedimento no Brasil*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo*

administrativo: Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 19.

_____. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.983/94*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. A revisão ordinária do contrato de concessão e seus limites. In: *Direito administrativo contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 166-187.

WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, n 6, jul./set. 2005, p. 18.

_____. *O direito de parceria e a lei de concessões*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Dispute Resolution Boards: evolução recente. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.) P. 144.

YARSHELL, Flávio Luís. Comentário ao artigo 382. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

ANEXOS

Tabela 1:

ENTE PÚBLICO	DENOMINAÇÃO	EFEITOS	DESCUMPRIMENTO	NORMAS	
MINISTÉRIO PÚBLICO;	Compromisso de Ajustamento de Conduta	União (MPF): Suspensão do Inquérito Civil	Multa	Lei nº 7.347/85	União (MPF): Resolução nº 87/2010
DEFENSORIA PÚBLICA;					Estado de São Paulo (MP-SP): (i) Lei Complementar nº 734/93; (ii) Ato nº 484 CPJ/SP; (iii) Ato nº 005/94 CSMP/SP
ENTES FEDERATIVOS		Estado de São Paulo (MP-SP): Arquivamento do Inquérito Civil			
ADMINISTRAÇÕES DIRETAS E INDIRETAS ;					
ANEEL	Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta	Arquivamento do processo	Multa e inscrição no CADIN	Resolução nº 333/2008	
ANTT	Termo de Ajuste de Conduta	Suspensão do processo	Penalidades ou prosseguimento dos processos	Resoluções nº 442/08 e 4.071/13	
ANATEL	Termo de compromisso de ajustamento de conduta	Suspensão do processo	Multa e emissão de Certificado de Descumprimento	Resolução nº 629/2013	
ANS	Termo de compromisso de ajuste de conduta	Suspensão do processo	Multa e retomada do processo	Lei nº 9656/97; Instrução Normativa nº 3/2007	
ANCINE	Termos de compromisso de ajustamento de conduta	-	-	Decreto nº 7729/12	
CADE	Termo de Compromisso de Cessação / Termo de Compromisso de Desempenho.	Suspensão, com o arquivamento do processo na hipótese de cumprimento	Sanções previstas no termo seguido da retomada dos processos	Lei nº 12.529/13; Regimento interno 01/2012; Resolução 45/2007;	
CVM	Termo de Compromisso	Suspensão do processo	Retomada dos processos	Lei 6385/76; Deliberação CVM 390/2001; deliberação CVM 486/2005	

ADM. DIRETA E INDIRETA PAULISTA	Termo de Ajustamento de Conduta	-	-	Decreto Estadual nº 52.201/07
TCE/MG	Termo de Ajustamento de Gestão	Suspensão do processo	Rescisão do termo de ajustamento de gestão	Lei Complementar nº 102/08
TCE/SE	Termo de Ajustamento de Gestão	Saneamento do vício	Multa	Lei Complementar nº. 205/11