

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ASPECTOS REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DAS
CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS

GUSTAVO ROCHA FARIA CARNEIRO DA CUNHA

RIO DE JANEIRO

2018/2

GUSTAVO ROCHA FARIA CARNEIRO DA CUNHA

ASPECTOS REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DAS
CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fabio Correa Souza de Oliveira.**

RIO DE JANEIRO

2018/2

GUSTAVO ROCHA FARIA CARNEIRO DA CUNHA

ASPECTOS REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DAS
CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fabio Correa Souza de Oliveira.**

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2018/2

RESUMO

Este trabalho busca tratar da evolução do direito administrativo em relação às concessões de rodovias federais, que constituem o principal modal de transporte do país. Apesar do progresso regulatório, verifica-se um cenário próximo ao abandono de algumas rodovias, sem que tenham se iniciado processo de decretação de caducidade. O trabalho perpassa por institutos tradicionais do direito administrativo como a cláusula exorbitante e o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Estuda-se a efetividade das cláusulas essenciais e as hipóteses de extinção dos contratos de concessão. A Lei de Parcerias Público-Privadas foi promulgada em dezembro de 2004 sem que tenha sido utilizada na celebração de quaisquer contratos de rodovia da Administração Federal. O cenário de recessão econômica que se alastrou pelo país somado às restrições orçamentárias da União demandam o aperfeiçoamento e flexibilização de institutos jurídicos correntes para solucionar a crise das rodovias federais. Foi feita uma abordagem legal brasileira frente às Leis nº 8.666/1993, nº 8.987/1995, nº 11.079/2004, nº 13.334/2015 e nº 13.448/2016, além da tentativa de regulamentação da Medida Provisória nº 800/2017.

Palavras-chaves: contrato administrativo – concessões – regulamentação – relicitação – cláusulas exorbitantes – risco.

ABSTRACT

This paper seeks to deal with the evolvement of the administrative law in Brazil when applied to the federal highway concessions, which constitute the main transportation modal in the country. Despite regulatory progress, Brazil is currently under a scenery close do abandonment of some highways without any administrative termination proceeding underway. The paper analyses traditional topics of administrative law such as the extraordinary clause as well as the contractual rebalancing of economic and financial matters. Essential clauses and contract extinction have also been considered. The “Public-Private Partnership” law despite it’s validation since 2004 hasn’t been applied to the sector. Brazil’s current economic recession and federal budget limitation demand immediate improvement on the legal mechanisms to face current reality of federal highway concessions. We have considered the following laws for our analysis 8.666/1993, n° 8.987/1995, n° 11.079/2004, n° 13.334/2015 and n° 13.448/2016.

Keywords: administrative contract – regulation – rebidding – shared risk – public concession – extraordinary clause

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. ANÁLISE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	14
2.1 Conceito	14
2.2 Características	16
2.3 Cláusulas exorbitantes.....	19
2.4 Equilíbrio Econômico-Financeiro	29
3. MODALIDADES E CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	35
3.1 Conceito e modalidades.....	35
3.2 Cláusulas essenciais	39
3.3 Encargos do concedente e do concessionário.....	41
3.4 Extinção do contrato de concessão	44
4. CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS.....	49
4.1 Função fiscalizadora da ANTT	50
4.2 Histórico e panorama atual das concessões rodoviárias federais	51
4.3 Lei nº 13.448/2017: progresso ou inutilidade.....	55
4.4 “MP das Rodovias”	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

1. INTRODUÇÃO

A escolha do tema do presente trabalho se deu, primordialmente, em função de três fatores: a relevância contemporânea do assunto de magnitude nacional, a riqueza acadêmica dos institutos correlatos e o constante desenvolvimento das normas regulamentadoras, sobretudo nos últimos anos.

Com relação ao primeiro fator, destaca-se que o país encontra-se imbuído em um cenário jurídico e econômico de restrições orçamentárias gravíssimas, cuja expectativa no curto e médio prazo é de piora significativa a partir do advento da Emenda Constitucional nº 95¹. Neste sentido, há uma tendência clara por parte da União em perseguir fontes alternativas de financiamento a partir do capital privado para o desenvolvimento do setor de infraestrutura, desonerando os cofres públicos. Não há, atualmente, dentro do campo de atuação do direito administrativo tema mais relevante do que a concessão e/ou privatização de serviços públicos.

A riqueza acadêmica dos institutos correlatos pressupõe a jornada de estudos a ser trilhada para construção exitosa do trabalho. Com efeito, dentre os objetos de pesquisa do presente trabalho constam a investigação detalhada do histórico de concessões rodoviárias no Brasil, tópicos de contratos administrativos, modalidades de concessão de serviços públicos e, também, o papel das agências reguladoras atuantes no setor.

Nesta esteira, o dinamismo com que vêm evoluindo as normas regulatórias dos diversos setores de infraestrutura tem impactado, inclusive, na ressignificação de institutos tradicionalíssimos do direito administrativo. No direito hodierno, por exemplo, ainda que em corrente minoritária, debate-se, a partir de estudos de caso de concessões de serviço público, acerca da superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Enfrenta-se, atualmente, a validade de cláusulas exorbitantes, influenciando em posição cada vez mais flexível da Administração. Portanto, este cenário não de superação, mas de reavaliação desses institutos tornam o tema especialmente relevante.

¹ A Emenda Constitucional nº 95 é comumente referida como a “Emenda dos gastos públicos”.

Passo seguinte à definição do tema, ainda enquanto elaborava-se o projeto monográfico, passou-se a discutir qual ordenamento sequencial mais faria sentido para exposição do tema em questão.

Cogitou-se, a princípio, uma abordagem bastante direta do objeto de estudo, atentando-se, exclusivamente, para as concessões rodoviárias federais. Neste cenário, deixar-se-ia em segundo plano o exame de institutos cujas relevâncias são indiscutíveis para doutrina administrativa. Em outras palavras, o presente trabalho estaria adstrito ao tema central sem perpassar por tópicos que são de importância crucial para sua plena compreensão.

Em seguida, refletiu-se sobre a possibilidade de se concentrar o desenvolvimento da pesquisa em torno de um único estudo de caso que, provavelmente, envolveria algum dos contratos de concessão da terceira etapa de concessões rodoviárias federais².

Até que, finalmente, optou-se por desenvolver um trabalho aprofundado que contemplasse todos os contornos jurídicos e fáticos que englobam os contratos de concessão de rodovias federais.

Neste sentido, a partir da definição anterior, estruturou-se o trabalho monográfico ao redor de três pilares que deveriam ser desenvolvidos de forma que permitisse um encadeamento lógico de ideias. Com efeito, adotou-se a seguinte cronologia: contratos administrativos, modalidades e contratos de concessão e, por fim, concessões rodoviárias federais.

Entende-se que a adoção deste formato estimula a elaboração de um trabalho focado em aprofundamento de temas relevantes e interligados, em que o conhecimento não é apenas apresentado em linhas superficiais, mas examinado sob um viés crítico.

² A expressão “terceira etapa de concessões de rodovias federais” refere-se aos contratos de concessão de serviços públicos que foram licitados no governo Dilma Rousseff, entre 2013 e 2014,

2. ANÁLISE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Conceito

A tarefa de conceituar contratos administrativos é relativamente simples eis que diversos doutrinadores consagrados no cenário jurídico nacional já o fizeram com maestria. Entretanto, entendemos que a mera conceituação de contratos administrativos não será suficiente para compreensão inequívoca dos temas tratados a seguir.

Antes mesmo de definirmos contratos administrativos, impõe-se a tarefa de entender o significado da palavra contrato *per se*. Entende-se que esta abordagem é bastante lógica, uma vez que muito do que é tratado em sede de contratos administrativos remete ao instituto dos contratos civis.

Conquanto a noção de contrato tenha se estruturado ainda Império Romano com inúmeras semelhanças e influências sobre o que, hoje, entende-se por contrato, o interesse do presente trabalho se resume a apresentar o conceito de contrato na esfera civil para então diferenciá-lo da modalidade administrativa.

Neste sentido, o autor Caio Mário aduz que contrato é “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”³.

Orlando Gomes, por sua vez, nos ensina que:

“contrato é um negócio jurídico bilateral que gera obrigações para ambas as partes, que convencionam, por consentimento recíproco, a dar, fazer ou não fazer alguma

³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 07

coisa, verificando, assim, a constituição, modificação ou extinção de vínculo patrimonial.”⁴

Portanto, a partir das conceituações dos autores acima, pode-se afirmar que contrato nada mais é do que um negócio jurídico bilateral. Esta definição contempla o acordo de vontades, pressupõe a criação de obrigação e direito e supõe atenção à norma jurídica, ou seja, três dos elementos essenciais dos contratos estão previstos em “negócio jurídico”. A bilateralidade deste negócio jurídico indicam duas ou mais pessoas – físicas ou jurídicas – exercendo este acordo de vontades. Ressalta-se, aqui, que o emprego da palavra bilateral nesse contexto está atrelado a existência de duas ou mais partes envolvidas, e não com a reciprocidade das prestações.

Embora haja intenso debate na doutrina sobre a existência e conceituação de contratos unilaterais ou atos unilaterais de vontade – com obrigações para apenas uma das partes – a definição acima reúne os elementos indispensáveis para a explicação de contrato.

Superada a compreensão do instituto civil, passa-se à conceituação dos contratos administrativos. O professor Rafael Carvalho Rezende de Oliveira segrega a expressão “contratos da Administração” em duas categorias, quais sejam: contratos administrativos e contratos privados da Administração.⁵

Nas palavras do professor “contratos administrativos são os ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, regidos predominantemente pelo direito público, para execução de atividades de interesse público”⁶. Denota-se que para o autor a presença da Administração Pública no contrato somado à persecução do interesse público são suficientes para a classificação de um contrato administrativo.

Marçal Justen Filho sintetiza da seguinte maneira:

⁴ GOMES, Orlando. Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 205

⁶ Idem. pp. 205-206

“Acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.”⁷

O autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua contratos administrativos com as palavras abaixo:

“Manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas da Administração Pública, que, integradas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, um dos quais é público.”⁸

Percebe-se, dos trechos extraídos de obras destacadas, que o conceito de contrato administrativo utiliza-se da base conceitual dos contratos privados, acrescentando, apenas, que nos contratos administrativos deve constar a Administração Pública como uma das partes perseguindo o interesse público.

Neste esteio, bastante razoável a asserção de que o contrato administrativo é espécie do gênero contrato. Este entendimento permitirá que o presente trabalho atenha-se à espécie administrativa sem a obrigação de apontar, descrever e exemplificar o paralelo do instituto civil para cada item a ser apresentado nos próximos capítulos.

2.2 Características

Conforme destaca Di Pietro “o regime jurídico administrativo caracteriza-se por prerrogativas e sujeições”⁹. Com efeito, os contratos administrativos possuem características que, embora não sejam exclusivas, são bastante específicas e demarcadas por este regime de

7 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 277

8 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 163

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26 edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 265.

prerrogativas e sujeições ao direito público. Dentre tais prerrogativas constam, por exemplo, as cláusulas exorbitantes, que serão analisadas mais adiante.

Muitos doutrinadores, ao tratar das características, acabam por invadir o próprio conceito de contrato administrativo, tornando-lhes repetitivos. Destarte, como o intuito do presente capítulo é de classificar e demarcar as principais características do instituto, reunimos a seguir aquelas que consideramos as mais pertinentes.

Não é possível discorrer sobre as características sem listar o aspecto formal que se faz presente nos contratos administrativos. Esse formalismo, na realidade, decorre da próprio regime jurídico administrativo que destacamos acima – prerrogativas e sujeições – eis que a Administração Pública, ao contratar, está adstrita a uma série de normas legais que devem ser obedecidas.

Alguns autores, como Rafael Rezende Carvalho de Oliveira, enxergam um formalismo moderado¹⁰. Nas palavras do autor:

“A atuação administrativa, ao contrário da atuação privada, exige maiores formalidades, tendo em vista a gestão da “coisa pública”. Por esta razão, a Constituição e a Lei 8.666/1993 exigem o cumprimento de algumas formalidades para celebração de contratos administrativos. Ex: exigência de licitação prévia, salvo os casos excepcionais admitidos pela legislação; forma escrita do contrato, sendo vedados os contratos verbais, salvo os de pequenas compras de pronto pagamento (art. 60, parágrafo único, da Lei); cláusulas necessárias que devem constar do ajuste (art. 55 da Lei); prazo determinado (...)”¹¹

Em outras palavras, Di Pietro versa sobre a formalidade dos contratos administrativos ao listar como uma de suas características a “obediência à forma prescrita em lei”¹². Transcreve-se abaixo um dos exemplos utilizados pela autora:

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael. op. cit. p. 210.

¹¹ Idem.

¹² DI PIETRO, Maria. op. cit. p. 270.

“na redação do termo de contrato ou outro instrumento equivalente deverão ser observadas as condições constantes do instrumento convocatório da licitação (edital ou carta-convite, conforme o caso), já que o mesmo é a lei do contrato e da licitação; nenhuma cláusula poderá ser acrescentada ao contrato, contendo disposição não prevista na licitação, sob pena de nulidade do acordo, por burla aos demais licitantes. Se o contrato foi celebrado sem licitação, deve obedecer aos termos do ano que o autorizou e da proposta, quando for o caso (art. 54, § 2º);”

Depreende-se, do exemplo trazido pela autora, que há uma série de requisitos, de formalidades, que devem ser concretados para que haja validade do contrato. Deste modo, pode-se afirmar que, ao contrário dos contratos particulares, que são majoritariamente consensuais, prevalece nos contratos administrativos a formalidade.

Outra característica preponderante dessa espécie contratual é a comutatividade, que habitualmente é apresentada como oposição à aleatoriedade no instituto civil. A natureza comutativa dos contratos administrativos estabelece que esses são norteados por obrigações e contraprestações equivalentes e determinadas em momento anterior à celebração do contrato, em obediência às normas licitatórias e orientadoras.

Para José dos Santos Carvalho Filho a comutatividade está presente nos contratos administrativos uma vez que “existe equivalência entre as obrigações, previamente ajustadas e conhecidas”¹³. Verifica-se, portanto, que de forma bastante objetiva o referido autor define a comutatividade do instituto. A propósito, está diretamente a essa característica as noções de equilíbrio econômico-financeiro do contrato e equivalência material das prestações, temas extremamente relevantes para o estudo das concessões rodoviárias federais.

Finalmente, e sem a pretensão de esgotamento de todas as características, cumpre destacar que os contratos administrativos são personalíssimo ou, como preferem alguns autores, *intuitu personae*.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 182.

Como o próprio nome já indica, tais contratos são celebrados em função das qualificações da pessoa do contratado em consonância com o instrumento licitatório. Frisa-se, entretanto, que, embora sejam personalíssimos, admitem a possibilidade de subcontratação em diversas hipóteses respeitados os percentuais do instrumento convocatório. Os contratos de concessão de rodovias servem de exemplos tanto da característica personalíssima, pois a Administração formaliza o contrato com o vencedor qualificado no certame e admitem a subcontratação de serviços e obras.

As palavras de Rafael Rezende Carvalho de Oliveira corroboram com este entendimento:

“O contrato é celebrado com o licitante que apresentou a melhor proposta. A escolha impessoal do contratado faz com que o contrato tenha que ser por ele executado, sob pena de burla aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Todavia, não se pode emprestar caráter absoluto a essa exigência, admitindo-se, nas hipóteses legais, a alteração subjetiva do contrato (ex.: os arts. 72 e 78, VI, da Lei 8.666/1993 admitem a subcontratação parcial, até o limite permitido pela Administração, desde que essa possibilidade esteja prevista no edital e no contrato.”

2.3 Cláusulas exorbitantes

Não é possível abordar temas mais específicos de contratos administrativos sem antes compreender o que são cláusulas exorbitantes e quais as justificativas e amparo jurídico para a existência de uma cláusula que, como o próprio nome supõe, admite a exorbitância e, conseqüentemente, desequilíbrio na relação contratual.

O que a princípio pode parecer extremamente contraditório – eis que acabamos de afirmar que a comutatividade é uma das características dos contratos administrativos – possui fundamento jurídico no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. O referido princípio é um dos mais debatidos pela doutrina jurídica administrativa e cível.

Historicamente, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado encontra suas raízes no século XIX quando passa-se a debater e questionar de forma mais intensa a prevalência de normas individualistas de direito civil sobre os interesses da coletividade.

Neste sentido, Di Pietro faz um apanhado histórico que resume o desenvolvimento de tal princípio no direito:

“(...) já em fins do século XIX começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico, como decorrência das profundas transformações ocorridas nas ordens econômica, social e política, provocadas pelos próprios resultados funestos daquele individualismo exacerbado. O Estado teve que abandonar sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada.

O Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo.

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público (...)”¹⁴

Em visão semelhante com a referida autora, José dos Santos Carvalho Filho se opõe firmemente à ideia de desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado em favor da supremacia do interesse privado calcado nos direitos e garantias fundamentais. O autor entende que essa visão “pretensamente modernista coloca em risco à própria democracia”¹⁵ uma vez que, ainda que ordem jurídica proteja o particular em algumas relações jurídicas, “como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular”¹⁶.

Destarte, imbuída em um contexto histórico de resignificação e fortalecimento dos interesses do Estado frente aos do particular e amparado por esta posição majoritária da doutrina jurídica administrativa, as cláusulas exorbitantes – inadmitidas no direito privado – não só passaram a ser defendidas como foram positivadas pelo legislador infraconstitucional através da Lei nº 8.666/1993.

¹⁴ DI PIETRO, Maria. op. cit. p. 66

¹⁵ CARVALHO FILHO, José. op. cit. p. 34

¹⁶ Idem.

Neste diapasão, ponderado os pilares jurídicos que sustentam a possibilidade do das cláusulas exorbitantes, cuida-se de entender os seguintes aspectos: como foram positivadas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos e como são materializadas nos contratos celebrados entre a Administração e o particular.

Neste esteio, cumpre destacar o artigo 54 da Lei nº 8.666/1993:

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.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

Depreende-se do artigo 54, caput da Lei 8.666/1993 que os contratos administrativos serão regulados, prioritariamente, por cláusulas e preceitos de direito público, sendo aplicáveis os princípios da teoria geral dos contratos apenas de forma suplementar. Em outras palavras, o dispositivo em questão normatiza, com clareza, que os contratos administrativos estão submetidos ao regime de prerrogativas e sujeições de que já tratamos.

Com efeito, em relação aos contratos administrativos, o legislador fez questão de explicitar positivamente no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993 que prerrogativas são essas de que goza a Administração quando presente em relação contratual com o ente privado.

A fim de ilustrar com exatidão, faz-se oportuna a transcrição integral do artigo em comento:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

Tais prerrogativas, para a doutrina administrativa, corporificam as cláusulas exorbitantes. Rafael Rezende Carvalho de Oliveira entende que “as cláusulas exorbitantes, previstas no art. 58 da Lei 8.666/1993, conferem prerrogativas à Administração e sujeições ao contratado, independente de previsão editalícia ou contratual.”¹⁷

José Carvalho dos Santos Filho adota a denominação de “cláusulas de privilégio” preservando, porém, o mesmo sentido atribuído às cláusulas exorbitantes. Nas palavras do referido autor:

“Cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação * a parte contratada.

Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas pelos estudiosos do assunto, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de “prerrogativas” (art. 58 do Estatuto). São esses princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos (art. 54 do Estatuto).”

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael. op. cit. p. 215

Conforme já destacado, os cinco incisos do artigo 58 da Lei 8.666/1993 constituem as prerrogativas denominadas cláusulas exorbitantes. Em seguida, dar-se-á maior atenção aos dois primeiros incisos.

A alteração unilateral dos contratos administrativos, substancializada nos artigos 58, I e 65, I da Lei nº 8.666/1993, constitui um poder da Administração sobre o particular que não encontra legitimidade nos contratos estritamente privados.

Ao passo que o artigo 58 trata de forma mais genérica e abrangente da prerrogativa de alteração unilateral do contrato, sem estabelecer contornos claros para sua efetivação nos contratos administrativos, o artigo 65, I (transcrito abaixo) delimitou as possibilidades de aplicação das modificações unilaterais:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

(...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

(...)

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 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.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. (...)

A doutrina costuma se referir ao inciso I, a) como modificação qualitativa do contrato – em que se modifica o projeto ou as especificações – e ao inciso I, b) como modificação quantitativa do contrato, respeitados os limites impostos pelo §1º.

Todavia, essa possibilidade de alteração unilateral dos contratos administrativos está condicionada ao preenchimento de certos requisitos. As palavras de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira são bastante elucidativas:

“Existem requisitos que devem ser observados na alteração unilateral:

- a) Necessidade de motivação: o art. 65 exige a apresentação de “devidas justificativas”;
- b) A alteração deve decorrer de fato superveniente à contratação, pois no momento da instauração da licitação a Administração efetivou a delimitação do objeto contratual, o que condicionou a apresentação das propostas pelos licitantes. A alteração poderia servir como burla à licitação, pois o administrador, ao definir equivocadamente o objeto a ser licitado, poderia restringir a participação de interessados. É evidente que, constatado o equívoco do agente na definição do objeto licitado e a necessidade de alteração, deve ser permitida a alteração contratual para se atender o interesse público, sem prejuízo da devida apuração da responsabilidade do agente;
- c) Impossibilidade de descaracterização do objeto contratual (ex.: não se pode alterar um contrato de compra de materiais de escritório para transformá-lo em contrato de obra pública);
- d) Necessidade de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Efetivada a alteração unilateral do contrato, a Administração tem o dever de efetuar a revisão contratual para reequilibrar a equação econômica do contrato (princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato), na forma dos arts. 58, §2º, e 65, §2º, da Lei 8.666/1993 (...)¹⁸

Cumprido destacar, do artigo 65 da Lei 8.666/1993 e das palavras do autor, a evidente preocupação tanto do legislador quanto da doutrina em modular os efeitos dessa exorbitância, assegurando ao contratado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato fazendo uso de diferentes mecanismos, a saber: indenização de custos incorridos fora do escopo original, revisão do contrato em função de alterações legislativas e aditamento do contrato com vistas à reestabelecer o equilíbrio original.

¹⁸ OLIVEIRA, Rafael. op. cit. p.216

Denota-se, portanto, que a validade da prerrogativa deve, necessariamente, obedecer aos critérios listados na própria legislação. De um lado o legislador confere à Administração – norteada pelo interesse público – posição vantajosa nas relações contratuais e, como uma medida de contrapeso, determina os critérios para o exercício dessas exorbitâncias. Este, aliás, é um padrão comum conforme será analisado nos próximos exemplos.

Outrossim, trata a rescisão unilateral dos contratos¹⁹ de outro preceito exorbitante em favor da Administração. Nas palavras do professor Joaquim Falcão, trata-se do “poder que tem a Administração para pôr fim ao contrato, o que, em regra, ocorre apenas por duas razões, interesse público ou inadimplemento (total ou parcial)”²⁰.

Do mesmo modo que o contrato não pode ser simplesmente alterado sem qualquer critério e motivação, razoável deduzir que o legislador cuidaria com cautela ainda maior à possibilidade de por fim à relação contratual unilateralmente. Com efeito, tais possibilidades estão dispostas no artigo 78 da Lei 8.666/1993, razão pela qual transcrevemos abaixo a fim de analisar mais detidamente cada possibilidade:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

¹⁹ Destoante da Teoria Geral dos Contratos, o legislador administrativo não singularizou à terminologia comumente utilizada no instituto civil, encampando sob a denominação de “rescisão” toda e qualquer forma de distrato. Por este motivo não faz menção à “resilição” e à “resolução” contratual.

²⁰ FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA, Rafael; VIANNA, Rodrigo. Direito administrativo contratual. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p.149.

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

(...)

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

(...)

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Nessa vereda, as palavras da professora Di Pietro sintetizam e agrupam as hipóteses em que são admitidas a rescisão unilateral:

“Prevista no artigo 58, II, combinado com os artigos 79, I, e 78, incisos I a XII e XVII, em casos de:

1. inadimplemento com culpa (incisos I a VIII e XVIII do art. 78), abrangendo hipóteses como não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, lentidão, atraso injustificado, paralisação, subcontratação total ou parcial, cessão, transferência (salvo se a admitidas no edital e no contrato), desatendimento de determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, cometimento reiterado de faltas, descumprimento do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, sobre trabalho de menor;
2. inadimplemento sem culpa, que abrange situações que caracterizam o desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato (incisos IX a XI do art. 78): falência, concordata, instauração de insolvência civil, dissolução da sociedade, falecimento do contratado, alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa; nota-se que, em caso de concordata, é permitido à Administração manter o contrato, assumindo o controle de determinadas atividades necessárias à sua execução (art. 80, § 2º)
3. razões de interesse público (inciso XII do art. 78);
4. caso fortuito ou de força maior (XVII do art. 78).”²¹.

²¹ DI PIETRO, Maria. op. cit. p.280

Em suma, verifica-se a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos administrativos em situações em que concorreu com culpa do particular, bem como em situações alheias ao seu controle. Nesse segundo cenário, novamente, o legislador infraconstitucional se preocupou em assegurar que, à despeito da rescisão unilateral, haja ressarcimento do ente privado²², tendo em vista que com o contrato rescindido não se pode falar em reequilíbrio da equação econômico-financeira.

A ementa abaixo ilustra a aplicação da referida cláusula pelo poder judiciário:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO. PRÉDIO DA UNIVERSIDADE OCUPADO POR ESTUDANTE DESCABIMENTO DE AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CLÁUSULA EXORBITANTE.POSSIBILIDADE DE RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. 1. O vínculo existente entre a Universidade e o aluno que reside em próprio a ela pertencente é de índole marcadamente administrativo, constituindo contrato de concessão de uso de bem público, rescindível a qualquer tempo pela Administração, por força de cláusula exorbitante, inerente ao contrato administrativo, mesmo não explicitada. 2. A utilização, na hipótese, de ação de reintegração de posse é absolutamente inviável.

(TRF-4 - AC: 14939 RS 95.04.14939-1, Relator: LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, Data de Julgamento: 27/04/1999, QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/07/1999 PÁGINA: 318)

Vê-se que, independentemente de previsão contratual, a quarta turma do TRF-4 decidiu pela possibilidade de rescisão contratual por força de cláusula exorbitante, uma vez que esta é “inerente ao contrato administrativo, mesmo não explicitada”.

Ademais, outras duas cláusulas exorbitantes comuns são as de fiscalização e de aplicação de sanções. A primeira deve ser entendida como um verdadeiro poder-dever da Administração e encontra-se positivada de forma genérica no artigo 58, III e, detalhada, no artigo 67 da Lei

²² A Lei nº 8.666/1993 de Licitações e Contratos Administrativos, dispõe no art. 79, § 1º e 2º acerca das hipóteses de rescisão do contratado “Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser: (...) § 1º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente. § 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: I - devolução de garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III - pagamento do custo da desmobilização.

8.666/1993²³. A propósito, o artigo 78, VII da Lei nº 8.666/1993 prevê a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pautada no “desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores”.

Soma-se às anteriores, a prerrogativa de aplicação de sanções por inexecução total ou parcial encontra previsão legal no artigo 58, IV da Lei nº 8.666/1993 e está desmembrada no bojo do artigo 87 do mesmo diploma legal. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho entende que “não pode a Administração dotar qualquer providência sancionatória que extrapole a relação do art. 87 do Estatuto”²⁴. Dentre as penalidades elencadas no artigo 87, constam advertência, multa, suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração por até 2 anos, e declaração de inidoneidade enquanto perdurarem os motivos ou até que cessem os efeitos da punição.

Finalmente, vale ressaltar as palavras da obra coordenada pelo professor Joaquim Falcão, que categoriza os efeitos das sanções administrativas e enfatiza a conjuntura de fatores necessários para sua aplicação:

“As penalidades legais são de dois tipos: penalidades de efeitos contratuais (advertência e multa) e penalidades de efeitos extracontratuais (suspensão temporária do direito de participar de licitação e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração), que produzem efeitos para após a duração do contrato.

Não é qualquer espécie de conduta que poderá ensejar a aplicação de sanções por parte do ente pública, mas somente aquelas relacionadas com a execução do contrato e que acarretem prejuízo ao ente público contratante. Assim, não poderá a administração, de regra, aplicar sanções pela prática de atos entre a empresa contratada e os seus

²³ A Lei nº 8.666/1993 de Licitações e Contratos Administrativos, dispõe no art. 67 sobre o poder-dever da Administração em fiscalizar os contratos administrativos e, eventualmente, diligenciar tarefas ao particular com vistas à consecução do contrato, nos seguintes termos: “Art. 67. execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. § 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. § 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 236

empregados, por exemplo, de natureza *interna corporis*, que não coloquem em risco a execução do contrato.”²⁵

Concluído este capítulo, o presente trabalho passa ao exame do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e das cláusulas e modalidades *lato sensu* de efetivação deste princípio.

2.4 Equilíbrio Econômico-Financeiro

Quando da elaboração do sumário do presente trabalho, objetivou-se ajustá-lo a uma sequência em que cada novo capítulo fosse amparado e suportado pelas informações trazidas nos capítulos anteriores. Perceba, não apenas correlacionado, mas estruturado de tal forma que não faria sentido tratar de um novo capítulo sem a leitura dos preordenados.

Destarte, entende-se que não há como tratar de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, sem antes compreender detalhadamente as características que os diferenciam dos contratos privados em geral, bem como o instituto das cláusulas exorbitantes, muitos dos quais sequer seriam considerados lícitos em um ajuste entre particulares, pois desequilibram a relação contratual, nesse caso, em favor da Administração.

Neste sentido, a teoria do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, calcada na comutatividade dessa espécie, visa oferecer maior amparo jurídico ao particular que contrata com a Administração. Considerando o desequilíbrio antes e durante a relação contratual, esta teoria visa assegurar que o equilíbrio existente à época da celebração do contrato seja preservado independentemente da mutabilidade a que está sujeita a relação particular-Administração.

Aliás, tamanha é a importância e aplicabilidade deste princípio que a Constituição da República consagra – para os contratos de obras, serviços, compras e alienações - no artigo 37,

²⁵ FALCÃO, Joaquim (org.). op. cit. p.155

XXI a consecução deste instituto, aos dispor que serão “mantidas as condições efetivas da proposta”.

Com efeito, Rafael Oliveira é cirúrgico ao conceituar e explicar o princípio:

“A equação econômica é definida no momento da apresentação da proposta (e não da assinatura do contrato) e leva em consideração os encargos do contratado e o valor pago pela Administração, devendo ser preservada durante toda a execução do contrato.

É importante ressaltar que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pode ser invocado tanto pelo particular (contratado) quanto pelo Poder Público (contratante). Assim, por exemplo, na hipótese de aumento de custos contratuais, em virtude de situações não imputadas ao contratado, o Poder Público deverá majorar o valor a ser pago pela execução do contrato ao contratado. Ao contrário, se os custos contratuais diminuírem, o Poder Público deverá minorar os valores a serem pagos ao contratado.

A legislação consagra diversos mecanismos para evitar o desequilíbrio dessa equação econômica no curso do contrato, com destaque para o reajuste, a revisão, a atualização financeira e a repactuação”²⁶.

José dos Santos Carvalho Filho filia-se do mesmo entendimento:

“Quando pactuam, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desse modo, o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecimento do equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido ou, quando impossível o restabelecimento, enseja a própria rescisão do contrato.

Tal efeito se vê mais presente em alguns acontecimentos posteriores à celebração do contrato, ocasionando soluções várias, sempre no intuito de deixar íntegro o equilíbrio inicial. É o caso da teoria da imprevisão e do fato do príncipe (...).”²⁷.

Em suma, pode-se concluir a teoria objetiva restabelecer o equilíbrio do contrato às condições iniciais da propostas sempre que fatores supervenientes alterarem substancialmente à equação econômico-financeira e a equivalência das prestações.

²⁶ OLIVEIRA, Rafael. op. cit. p.223

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. pp. 201 a 202.

Nessa esteira, além de conceituar a teoria, o primeiro autor destaca os mecanismos de que dispõem o particular e a Administração para a consecução deste eventual reequilíbrio econômico-financeiro, quais sejam: o reajuste, a revisão, a atualização financeira (correção monetária) e a repactuação. Considerando que tais instituições serão esmiuçadas quando adentrarmos mais especificamente nos contratos de concessões, cumpre-se, neste momento, o dever de apresentar em linhas mais gerais cada um desses mecanismos, em especial os de revisão, reajuste e repactuação.

Registra-se, portanto, a existência da correção monetária como mecanismo de reequilíbrio periódico e predeterminado dos contratos. Não se deve confundir com o reajuste, uma vez que que àquele incumbe, tão somente, a reposição do valor nominal da moeda em razão de um índice geral – em regra, o da inflação.

Semelhante à correção monetária com relação a sua forma, o reajuste do contrato também está consubstanciado legalmente no artigo 55, III da Lei nº 8.666/1993²⁸. O aludido dispositivo elenca o reajuste contratual como sendo uma das cláusulas necessárias a ser estabelecida nos contratos administrativos. O artigo 40, XI, do mesmo diploma legal estabelece a periodicidade mínima do reajuste “desde a data prevista para apresentação da proposta”, informando, ainda, que “critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais”²⁹.

A obra organizada pelo professor Joaquim Falcão resume com precisão o mecanismo de reajuste:

“Conforme já mencionado, o instituto tem por objetivo restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, assegurando a paridade entre a prestação e a contraprestação pactuadas.

²⁸ Brasil. A Lei nº 8.666/1993, que regula as licitações e os contratos administrativos estabelece no artigo 55, III a necessidade de cláusula de reajuste para efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro através deste mecanismo. Transcreve-se: “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;”.

²⁹ Idem.

Diferentemente do instituto da revisão, em que há a recomposição do preço, no reajuste o preço inicial é mantido, sendo apenas atualizado diante da mudança de índices setoriais vinculados às elevações inflacionárias quanto a prestações específicas.

O reajuste de preços é uma forma de compensar os efeitos das variações inflacionárias e, por conseguinte, evitar que seja rompida a equação econômico-financeira em decorrência de elevação dos preços dos insumos e mão de obra, durante a execução do contrato.”³⁰.

Corroborando com este entendimento José dos Santos Carvalho Filho:

“A primeira forma é o reajuste, que se caracteriza por ser uma fórmula *preventiva* normalmente usada pelas partes já ao momento do contrato, com vistas a preservar os contratados dos efeitos de regime inflacionário.

(...)

Assim, diminui, sem dúvida, a álea contratual que permitiria o desequilíbrio contratual.”³¹.

Conclui-se, portanto, que o reajuste é cláusula necessária nos contratos administrativos, possui caráter preventivo, visa o reequilíbrio econômico-financeiro dos custos da produção – razão pela qual, em regra, está atrelado à índices específicos e setoriais – e deve estar previsto no contrato para sua efetivação. Os contratos sem cláusulas de reajuste devem ser considerados irreajustáveis.

Por outro lado, a revisão nos contratos administrativos versa sobre a possibilidade de reequilíbrio da equação econômico-financeira decorrente de fatos supervenientes e imprevisíveis que afetam as condições originais da proposta. O conceito encontra amparo jurídico não somente nos artigos 58, § 2º e 65, II, ‘d’ da Lei 8.666/1993 de que já tratamos, como também na Lei nº 8.987/1995 que trata especificamente dos contratos de concessão.³²

³⁰ FALCÃO, Joaquim (org.). op. cit. p. 177

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 202

³² A Lei 8.987 de 1995 que versa sobre as concessões e permissões de serviços públicos dispõe “Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...) § 2º. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.”.

Este é o mecanismo utilizado para correção de fatos supervenientes ocasionados por áleas extraordinárias, que podem ser desmembradas em áleas administrativas e econômicas. A primeira está relacionada com atos próprios da Administração, a saber: alteração unilateral do contrato, fato do príncipe e fato da Administração. Já as áleas econômicas, ensejam à aplicação da teoria da imprevisão, resultando de fatores externos – imprevisíveis e inevitáveis – ao contrato, que alteram as condições avenças na proposta tornando a execução excessivamente onerosa para uma das partes.³³

Sobre o tema, Rafael Oliveira acrescenta:

“A revisão representa um direito do contratado e um dever do Estado que deve ser observado independentemente de previsão contratual sempre na hipótese em que for constatado o desequilíbrio do ajuste.

Da mesma forma, a revisão ao contrário do reajuste, não incide apenas em relação às cláusulas econômicas ou de preço, mas, também, em relação às cláusulas regulamentares (ex.: revisão para prorrogar o prazo de execução do contrato).

(...)

Em suma, as características da revisão são: a) decorre diretamente da lei (incide independentemente de previsão contratual); b) incide sobre qualquer cláusula contratual (cláusulas regulamentares ou econômicas); c) refere-se aos fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis; d) “restaura” o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e e) não depende da periodicidade mínima.”³⁴

Finalmente, e de forma mais abreviada, passa-se à análise da repactuação. Trata-se de mecanismo de reequilíbrio exclusivo aos contratos de prestação continuada, sendo comum aos contratos de concessões rodoviárias. Sua aplicabilidade é restrita, eis que encontra-se presente no Decreto 2.271/1997, que trata da contratação de serviços no âmbito da Administração federal.³⁵

Ressalta-se ainda, que, embora alguns autores compreendam o instituto da repactuação como espécie do gênero reajustamento³⁶, o emprego do mecanismo, com vistas a reequilibrar a

³³ DI PIETRO, Maria. op. cit. pp. 286 a 294.

³⁴ OLIVEIRA, Rafael. op. cit. p.226

³⁵ Idem.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. 202

equação econômico-financeira dos contratos da Administração, não está atrelada à índice – geral ou específico – e não possui periodicidade recorrente. Conquanto deva-se respeitar o período mínimo de 12 meses³⁷, distingue-se, novamente, a repactuação do reajustamento, eis que o instituto ora analisado depende de negociação bilateral e sua efetivação está condicionada à “variação de custos de insumos previstos em planilha da qual se originou o preço”.³⁸ Em outras palavras, a repactuação depende de demonstração concreta através, por exemplo, de planilha de custos.

³⁷ OLIVEIRA, Rafael. op. cit. p.226

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. 202

3. MODALIDADES E CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Cumprido, inicialmente, ressaltar que, quando da elaboração da estrutura provisória do presente trabalho, cogitou-se a hipótese de abordagem do conceito de concessão *lato sensu* para, gradativamente, limitá-lo às concessões de serviço público – incluindo-se as precedidas por obra pública.

Entretanto, após leitura aprofundada do referencial teórico, percebeu-se a multiplicidade de conceitos, teorias e correntes concernentes à palavra concessão que não possuem qualquer conexão com o tema monográfico eleito. Notou-se, ainda, a confusão de certos autores na análise do conceito utilizando-se do direito comparado a partir da tradução literal de palavras ambíguas no idioma estrangeiro.

Deste modo, optou-se por uma abordagem mais objetiva, conceituando o termo e suas derivações em harmonia com a Constituição da República e legislação específica que trata do tema. Logo, não trataremos no presente trabalho de conceituar concessão de uso de bem público, ou permissão de serviço público.

3.1 Conceito e modalidades

O artigo 175 da Constituição República Federativa do Brasil estabelece a incumbência “na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”³⁹.

Dentre as vantagens habitualmente destacadas que a concessão do serviço público oferece constam a desburocratização e, sobretudo, a possibilidade de implementação de serviços e

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm»

desenvolvimento de infraestrutura desonerando os cofres públicos. Trata-se, por esse aspecto, de um modelo de financiamento dos serviços públicos a partir do capital privado.⁴⁰

Atualmente, é bastante comum distinguir concessão de serviços públicos em três modalidades, quais sejam: a) concessão comum, de que trata a Lei 8.987/1995; b) concessão patrocinada, prevista na Lei nº 11.079/2004 e c) concessão administrativa. Serão analisadas com maior profundidade as duas primeiras hipóteses, uma vez que possuem maior conexão com o tema.

Neste sentido, o conceito de concessão comum de serviço público é compreendido como um contrato administrativo (vide capítulo anterior) em que ocorre a delegação da gestão e execução de um serviço público – precedido ou não por obra pública - por parte do Estado ao particular que, sob sua conta e risco, passa a deter o direito de exploração econômica mediante cobrança de tarifa do usuário daquele serviço público por prazo determinado. Vale ressaltar que a delegação da gestão e execução do serviço não se traduz em transferência de titularidade do serviço, este permanece em poder da Administração.

Destarte, é fundamental perceber que por se tratar de contrato administrativo, aplica-se às concessões de serviços públicos o mesmo regime de prerrogativas e sujeições que incidem sobre os contratos administrativos. Neste sentido, o que diferencia este contrato administrativo dos demais é a especificidade de transferência do direito de exploração econômica a partir da cobrança de tarifa do usuário de serviço público – em alguns casos específicos há também a possibilidade de remuneração por vias acessórias – mediante prestação de serviço público – precedido ou não por obra pública – e concedido através de licitação.

Com efeito, a Lei nº 8.987/1995 tratou de definir no artigo 2º, incisos II e III, os conceitos de concessão de serviço público e concessão de serviço público precedido de execução de obra pública:

⁴⁰ GUIMARÃES, Fernando. Concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29

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

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

Denota-se, portanto, que o próprio texto legal incluiu todos os elementos de que tratamos anteriormente. A doutrina majoritária também não difere conforme podemos depreender das palavras da professora Di Pietro:

“Concessão de serviço público é contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. Esse é o conceito aplicável às concessões disciplinadas pela Lei nº 8.987 e que poderá ser alterado em relação às parcerias público-privadas, porque, nesse caso, a remuneração por tarifa tende a deixar de ser a forma principal ou única de remuneração das empresas concessionárias.

As características da concessão de serviço público são as mesmas já assinaladas para os demais contratos administrativos e que já eram reconhecidas para todos eles, pela doutrina e jurisprudência, muito antes de ser editado o Decreto-lei nº 2.300/86 e, depois, a Lei nº 8i.666/93, que se limitaram a encampar os ensinamentos já aceitos no direito brasileiro”⁴¹.

Passa-se, então, ao exame da modalidade de concessão especial de serviços públicos, mais especificamente da concessão patrocinada, de que trata o artigo 2º, § 1º da Lei nº 11.079/2004, que remete ao conceito de concessão comum (Lei nº 8.987/1995), porém estabelece uma contraprestação pecuniária da Administração para além da tarifa cobrada aos usuários. Em outras palavras, não só a remuneração do parceiro privado não está limitada exclusivamente à cobrança de tarifa dos usuários, como sequer se pode falar em concessão patrocinada sem a contraprestação pecuniária do parceiro público, nos termos do artigo 2º, § 3º, da Lei nº 11.079/2004, sob pena de desfiguração da modalidade.

⁴¹ DI PIETRO, Maria. op. cit. p.303

Outra inovação trazida pela Lei nº 11.079/2004 foi a repartição objetiva dos riscos:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

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:

(...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Esta novidade do legislador infraconstitucional modificou o quadro vigente até então, tendo em vista que no regime de concessão comum de serviço público a exploração econômica pelo particular está condicionada a assunção de todos os riscos ordinários, estando os extraordinários à cargo da Administração.

Ao estabelecer que os contratos de parceria público-privada deverão observar a repartição objetiva dos riscos, não se está afirmando que os riscos inerentes ao contrato – ordinários e extraordinários – serão divididos de forma equânime⁴². Significa, sim, que constará de forma expressa no contrato de concessão a distribuição e os contornos dos riscos do empreendimento. Trata-se de inovação legislativa benéfica à Administração e ao concessionário, uma vez que a repartição objetiva dos riscos permite à Administração modular os efeitos dos riscos extraordinários e propicia ao particular – com maior detalhamento de informações – precificar a sua proposta. Inegável, portanto, o aumento da segurança jurídica.

Além dos exemplos elencados acima, deve-se mencionar o artigo 5º, I, da Lei nº 11.079/2004, que passou a estabelecer prazo mínimo de 5 anos e máximo de 35 para os contratos de concessão de serviço público, ao passo que a Lei 8.987/1995 dispõe vagamente

⁴² OLIVEIRA, Rafael. op. cit. p. 272

sobre “prazo determinado” – como em todo e qualquer contrato administrativo. Embora o referido artigo não necessariamente produza impacto significativo sobre os contratos de concessão – já que, em regra, eram e continuam sendo celebrados com prazo determinado entre 5 a 35 anos –, o dispositivo denota evolução na técnica legislativa, bem como o amadurecimento da espécie contratual em questão.

Outrossim, destaca-se, ainda, a inovação trazida pelo artigo 9º da Lei nº 11.079⁴³, que preconizou a obrigatoriedade de se constituir sociedade. O autor Rafael Oliveira destaca as vantagens advindas da norma em questão:

“O objetivo do legislado é facilitar o controle e a gestão da PPP, visto que a SPE, que pode ser instituída sob qualquer roupagem societária, tem o único objetivo de implantar e gerir o objeto da parceria.

Vale dizer: a instituição da SPE pelo parceiro privado acarreta a segregação patrimonial, contábil e jurídica entre esta sociedade e a empresa licitante vencedora. No modelo tradicional de concessão, a possibilidade de execução de outras atividades econômicas pela concessionária dificultava o controle do contrato, tendo em vista a dificuldade de separação das receitas e despesas inerentes à prestação do serviço público e aquelas relativas às demais atividades desenvolvidas pela concessionária.”⁴⁴

Conclui-se, em linhas gerais que, além de prever duas novas modalidades de concessão de serviço público, a lei tratou de preencher algumas lacunas da Lei nº 8.987/1995 e desenvolver alguns institutos com base em práticas exitosas mais recentes.

3.2 Cláusulas essenciais

A nomenclatura utilizada no subcapítulo não permite maiores dúvidas. As cláusulas essenciais dos contratos de concessão de serviço público e da modalidade precedida por obra pública estão previstos no artigo 23 da Lei nº 8.987/1995. O dispositivo em questão é uma adaptação do artigo 55 da Lei nº 8.666/1993 – que enumera todas as cláusulas necessárias à classe-gênero contratos administrativos. Corretamente, sem desfigurar este último, o artigo 23

⁴³ O caput do referido artigo dispõe com clareza sobre a obrigatoriedade de se constituir uma sociedade de propósito específico para celebração do contrato de parceria. “Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.”

⁴⁴ OLIVEIRA, Rafael. op. cit. p. 277

objetivou adaptar à realidade mutável da espécie contratual a essencialidade ou não dos incisos elencados no artigo 55.

Nesta esteira, torna-se oportuno frisar o mesmo acontece quando comparamos a Lei nº 8.987/1995 à Lei nº 11.079/2004. Basta uma breve leitura dos artigos 23 da Lei 8.987/1995 e 5º da Lei 11.079/2004 para observar a diferença empregada na técnica de redação legislativa. Não obstante o artigo 5º cite expressamente o artigo 23 como referência normativa, as demais providências elencadas nos incisos subsequentes pela Lei nº 11.079/2004 corporificam o significado da palavra parceria.

Enquanto a Lei nº 8.987/1995 incorpora ao seu dispositivo de cláusulas essenciais todo o sistema de prerrogativas da Administração e sujeições do particular⁴⁵, o artigo 5º opta por aproximar à Administração do particular como se, de fato, fossem parceiros. Transcreve-se abaixo alguns dos incisos do artigo em comento para fins de ilustração:

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:

(...)

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

(...)

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;

(...)

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; (...)

⁴⁵ Vide subcapítulo 2.1 e 2.2.

Todos os incisos salientados traduzem a noção de parceria. O inciso II, por exemplo, trata de “penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado”. A partir uma singela análise morfosintática, impõe-se relevar como a redação do artigo equipara à Administração ao parceiro privado – sem desconsiderar toda a lógica de prerrogativas e sujeições – indicando que a Administração também está sujeita à penalidades. O inciso III cuida da repartição objetiva dos riscos, de que já tratamos anteriormente. Por fim, cumpre evidenciar o inciso IX que, superando o racional binário da Lei nº 8.987/1995, dispõe sobre compartilhamento de ganhos econômicos efetivos entre os sujeitos contratuais.

3.3 Encargos do concedente e do concessionário

Os artigos 29 e 31 da Lei nº 8.987/1995 enumeram, respectivamente, os encargos do poder concedente e do concessionário do serviço público. Infere-se dos diversos incisos que compõem os dispositivos supramencionados uma certa reiteração, ou até mesmo repetitividade com relação aos demais artigos.

A vagueza com que se elenca os encargos tanto do concessionário quanto do concedente nos faz supor que os principais objetivos do legislador infraconstitucional seriam: oferecer diretrizes de caráter mais genérico aos sujeitos contratuais congregando-as em dois capítulos específicos, destacando-as visualmente e didaticamente.

Dentre os principais encargos incumbentes à Administração nos contratos de concessão de serviços públicos, merece destaque o primeiro a ser elencado no artigo 29:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação

Do dispositivo acima é possível depreender algumas coisas. Em primeiro lugar, com relação à incumbência de regulamentar o serviço concedido é importante frisar que o legislador não se refere somente ao agente regulador, senão ao dispositivo contratual como regulador das

avenças da concessão. Em seguida, a opção do legislador infraconstitucional em adjetivar a frequência (“permanentemente”) com que deve ser fiscalizada o serviço em questão confere maior relevância ao encargo fiscalizador da Administração.

Em regra, o dever de fiscalizar o concessionário é exercido pela figura das agências reguladas, sendo a Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT, a principal agência reguladora dos contratos de concessões rodoviárias federais. Assim como a ANTT resta incumbida das rodovias e ferrovias federais, outras agências reguladoras fiscalizam outros setores da indústria.

Sobre a responsabilidade das agências reguladoras e o papel fiscalizados dessas instituições, são valiosas as palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

“O processo de desestatização (ou privatização), por ter propiciado, como vimos, a ampliação do regime de concessões, mediante a transferência de vários serviços público a empresas da iniciativa privada, gerou o nascimento de *agências reguladoras*. Essas entidades, dependendo da lei reguladora do serviço concedido, tanto podem ser a natureza de concedentes no contrato, como podem ter sido criadas apenas para exercer o controle sobre as atividades concedidas e sobre a atuação dos concessionários. Seja qual for a sua posição, é fundamental e inafastável a função que a lei lhes outorga: cabe-lhes exercer severa fiscalização sobre a execução do serviço e o desempenho do concessionário, porquanto não se pode esquecer que o serviço precisa ser adequado e isso representa garantia para os usuários, que não podem ficar prejudicados pela omissão fiscalizadora do Poder Público.

(...) Vários são os aspectos previstos na lei para o regular exercício da fiscalização do serviço concedido. Assim, cabe ao concedente aplicar sanções e regulamentar o serviço; observar o cumprimento, pelo concessionário, das cláusulas contratuais referentes ao serviço; zelar pela adequada prestação do serviço e, enfim, controlar a atividade delegada.”⁴⁶

Em modelo semelhante, os encargos do concessionário também são enumerados em caráter mais genérico. A fim de se promover análise mais aprofundada sobre alguns dos encargos do concessionário, transcreve-se na íntegra o artigo 31 da Lei nº 8.987/1995:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 416

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e

VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

É interessante apontar que das oito obrigações de que dispõe o artigo em destaque três estão diretamente relacionadas à facilitação da atividade fiscalizadora da Administração Pública. O inciso II trata de manter o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão em dia. Já o inciso III é ainda mais clarividente com relação à facilitação da atividade fiscalizadora, tendo em vista que versa objetivamente sobre prestação de contas à Administração. Por fim, o inciso V determina o livre acesso à atividade fiscalizadora em qualquer época do ano. Neste sentido, podemos relacioná-lo diretamente ao encargo de “fiscalização permanente” do concedente de que já tratamos.

Destaca-se, ainda, o inciso I da Lei nº 8.987/1995. O artigo diz respeito à prestação do “serviço adequado”. Neste sentido, para suprir o caráter genérico do termo “serviço adequado” o contrato de concessão do serviço público deve dispor com clareza acerca dos parâmetros, critérios e indicadores avaliativos da adequação do serviço.⁴⁷ O descumprimento das cláusulas de “serviço adequado” justificam, inclusive, a extinção do contrato por caducidade.⁴⁸

⁴⁷ GUIMARÃES, Fernando. Op. cit. p. 300

⁴⁸ A Lei nº 8.987/1995 versa em seu artigo 35 sobre as possibilidades de extinção dos contratos de concessão de serviço público, listando a caducidade como uma destas formas. Com efeito, o artigo 38, § 1º, I estabelece que: “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de

3.4 Extinção do contrato de concessão

A Lei nº 8.987/1995 prevê diversas possibilidades para a extinção do contrato de concessão. O artigo 35 do referido diploma elenca as principais modalidades de extinção da relação contratual entre a Administração Pública e o particular:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

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

Os dispositivos subsequentes detalham os contornos de cada uma das formas de extinção do contrato em questão. Neste sentido, tendo em vista o tema escolhido pelo presente trabalho monográfico, nos concentraremos na modalidade de extinção via “encampação”, “caducidade” e “rescisão”. Adverte-se, desde já, que o sentido empregado à palavra rescisão pelo legislador possui contornos bem específicos em relação à abrangência habitual do termo. Sem prejuízo, discorreremos brevemente sobre as demais hipóteses, não obstante à obviedade das acepções ou relevância reduzida frente aos contratos de concessão de rodovias federais.

Consta no inciso I a possibilidade de extinção pelo advento do termo contratual. A doutrina jurídica costuma se referir à hipótese como a causa extintiva perfeita (ou natural) dos contratos de concessão de serviço público, uma vez pressupõe o decurso integral prazo, bem como o cumprimento das avenças pactuadas entre concedente e concessionário. Findo o tempo

caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as parte. § 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando: I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;”

de contrato, este extingue-se de pleno direito não sendo necessários quaisquer atos formais por parte da Administração⁴⁹.

Já a encampação, prevista no inciso II, consiste em modalidade extintiva do contrato de concessão provocada por ato unilateral de vontade da Administração – independente da vontade do concessionário – fundada em interesse público relevante. Trata-se, portanto, de previsão legal cujo espírito normativo está respaldado pelas prerrogativas do Estado. Ressalta-se, ainda, que pelo caráter eminentemente exorbitante, sua aplicabilidade está adstrita ao preenchimento de alguns requisitos legais, quais sejam: ato motivado em interesse público, lei autorizativa e pagamento prévio da indenização devida ao particular. Todas essas restrições estão dispostas no artigo 37 da Lei nº 8.987/1995⁵⁰.

Ainda sobre a motivação apta ao ensejo da encampação, vale transcrever as palavras de Fernando Vernalha Guimarães. O autor em questão é defensor da ideia de revalorização da segurança jurídica dos contratos administrativos a partir de uma releitura restritiva das cláusulas exorbitantes, sem negar-lhes a existência ou validade.

“A existência de motivo de interesse público é o que dará legitimidade para a medida. Será necessário que o poder concedente demonstre explicitamente as razões concretas de interesse público que ensejam a encampação. Não será válido ao poder concedente a invocação de razões genéricas apoiadas puramente em exercício de discricionariedade administrativa. A decisão pela encampação haverá de pautar-se pela proporcionalidade e pela razoabilidade administrativa, demonstrando que esta solução é não apenas necessária como imprescindível para o atendimento do interesse coletivo. Além disso, a decisão deverá considerar todos os efeitos econômicos derivados, o que importa avaliar todo o montante de indenização devido, assim como os custos colaterais incidentes, apurando a sua conveniência também à luz da economicidade. Todas estas razões deverão estar explicitadas no ato de motivação da encampação”⁵¹.

Por outro lado, a caducidade de que trata o inciso III do artigo 35, conquanto também seja hipótese de extinção unilateral do contrato de concessão por parte da Administração, possui

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 423

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 8.987/1995. “Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”.

⁵¹ GUIMARÃES, Fernando. op. cit. p. 353

fundamento distinto da encampação. Caducidade foi a palavra utilizada pelo legislador para designar a possibilidade de resolução (terminologia adotada nos contratos civis) do contrato administrativo de concessão. Destarte, sua aplicabilidade é reduzida aos casos de inexecução total ou imparcial dos contratos de concessão⁵², sendo facultado à Administração a aplicação de sanções em vez de optar pelo desfecho traumático.

Ademais, faz-se oportuno destacar que as hipóteses para declaração (ou decretação⁵³) estão todas previstas no artigo 38, § 1º da Lei 8.987/1995. Uma dessas possibilidades já foi abordada anteriormente quando tratou-se do conceito de “serviço adequado”⁵⁴ e verificou-se a possibilidade de extinção do contrato de concessão com base no descumprimento desse preceito. Os incisos subsequentes do mesmo § 1º – com exceção do IV – pressupõem atitude culposa (ou faltosa) do concessionário como causa extintiva de decretação por caducidade. A título exemplificativo, o inciso II dispõe sobre violação das cláusulas contratuais ou violação de normas regulamentadoras, já o inciso III versa sobre a paralisia do serviço público concessionado pelo concessionário – direta ou indiretamente – e o inciso V aborda o descumprimento de sanções impostas pelo concedente ao concessionário.

Por fim, frisa-se que, independentemente das hipóteses ensejadoras da caducidade, a sua decretação deverá, necessariamente, obedecer ao rito previsto no artigo 38, §§ 2º ao 5º⁵⁵, em que se deve garantir o particular o direito à ampla defesa e ao contraditório em processo administrativo específico. Adverte-se, ainda, que não é qualquer mero descumprimento dos preceitos acima que permitem ao concedente decretar a extinção do contrato por caducidade,

⁵² BRASIL. Lei nº 8.987/1995. “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.”

⁵³ GUIMARÃES, Fernando. op. cit. pp. 357 a 361. O autor aduz que o termo declaração é incorreto, uma vez que a consumação da caducidade depende de decretação do Chefe do Executivo, após a conclusão do devido processo administrativo.

⁵⁴ Vide subcapítulo 3.3

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 8.987/1995. “§ 2º A declaração de caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.; § 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.; § 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.; § 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.”

tais violações ao contrato ou à norma regulamentadora deverão ser ponderadas à luz do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, devendo, sempre que possível, buscar o prosseguimento da relação contratual e, por conseguinte, a continuação da prestação daquele serviço.

A quarta modalidade extintiva dos contratos de concessão é a rescisão. Conforme já foi antecedido, deve-se aludir ao termo “resolução” – dos contratos civis – para a correta compreensão do inciso IV do artigo 35 da Lei nº 8.987/1995. Essa hipótese pressupõe culpa grave da Administração no bojo da relação contratual, impossibilitando ao particular a consecução de suas atividades. Cita-se, a título exemplificativo, o atraso prolongado de pagamentos ou o descumprimento permanente de uma obrigação que impeça ao particular a execução de suas obrigações, onerando-o de maneira insuportável. Por fim, vale frisar que, até por uma questão de lógica, a rescisão contratual apenas pode ser efetivada judicialmente.

José dos Santos Carvalho Filho discorre com precisão sobre o tema:

“O único caminho para esse tipo de rescisão é a via judicial. Com efeito, na via administrativa o concedente dificilmente reconhecerá seu inadimplemento. Soma-se, ainda, o fato de que, discussão por discussão, prevalece a Vontade da Administração, dotada que é do privilégio da presunção de legitimidade. Surgindo, portanto, o conflito de interesses, e certo o concessionário do descumprimento, pelo concedente, das obrigações que lhe incumbem, deve ele recorrer ao Judiciário para postular não somente o desfazimento do pacto concessional, mas também a eventual reparação dos prejuízos causados pelo Poder Público por sua atuação ilícita..”⁵⁶

Constam, ainda, o distrato consensual, anulação, falência e extinção da empresa no rol de hipóteses ensejadoras da extinção do contrato de concessão. A falência e extinção da empresa não merecem atenção mais aprofundada do presente trabalho, eis que são causas que extinguem de pleno direito a relação contratual por impossibilidade do sujeito falido/extinto em levar a cabo quaisquer atividades empresariais.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. 426

Com relação a anulação, entretanto, cumpre-se destacar apenas a sua causa e os seus efeitos. Esta hipótese se materializa quando o próprio contrato de concessão foi celebrado eivado de legalidade. Em outras palavras, caso tenha ocorrido alguma ilegalidade no instrumento convocatório ou no aludido contrato, este pode ser anulado administrativamente ou judicialmente, com seus efeitos retroagindo à data em que se observou a existência do vício.

Assim como as modalidades anteriores, o distrato consensual (ou rescisão consensual) é autoexplicativo. Embora não esteja explicitado entre os incisos do artigo 35 da Lei 8.987/1995, sempre que possível a extinção do contrato pela via unilateral também será assegurada a sua materialização de modo consensual⁵⁷, devendo as partes acordar com relação aos efeitos decorrentes da extinção.

⁵⁷ GUIMARÃES, Fernando. op. cit. 365.

4. CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS

Nos últimos dois capítulos tratou-se de apresentar de maneira crítica e contextualizada os institutos jurídicos de maior relevância com o tema. Quando pertinente, aprofundou-se em questões cujo domínio se mostra crucial para o entendimento dos contornos aplicáveis às concessões de rodovias federais.

Neste sentido, pautado em um encadeamento lógico, iniciou-se o presente trabalho debatendo-se os aspectos jurídicos mais relevantes dos contratos administrativos de um modo geral com base na Lei nº 8.666/1993. Além de conceituar e discorrer sobre as características, dedicou-se atenção especial às cláusulas exorbitantes – fundada no sistema de prerrogativas e sujeições – e a teoria de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, pela qual se entende que, à despeito do desequilíbrio entre a Administração e o particular, deve-se preservar as condições originais da proposta.

Passo seguinte, adentrou-se, especificamente, nos contratos de concessão de serviço público e contratos de concessão de serviço público precedido de obra pública, em que se examinou os conceitos, à existência de modalidades que extrapolam às concessões comuns e inovações legislativas atinentes aos institutos. Debateu-se, ainda, sobre a formulação das cláusulas essenciais e adoção de técnica redacional corroborante com o conceito de “parceria” *lato sensu*, enumerou-se os encargos das partes ponderando-se acerca do seu perfil de norma orientadora e, individualmente, tratou-se das hipóteses legais de extinção das espécies contratuais em questão.

Portanto, prosseguindo pela sequência estabelecida, cuida-se de: a) explorar como tais institutos produzem efeitos nas concessões de rodovias federais; b) perquirir quais problemas tem sido enfrentados por esta categoria específica de concessões federais e c) analisar as soluções que vêm sendo intentadas recentemente.

4.1 Função fiscalizadora da ANTT

Embora tenha sido mencionada diversas vezes no presente trabalho monográfico, não havia sido dedicadas linhas explicativas sobre as funções legais incumbidas à Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Deveras, a ANTT foi criada a partir da Lei nº 10.223/2001 – no final do mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso – incorporando algumas das responsabilidades do antigo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, responsável à época pelas concessões rodoviárias, bem como da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA. O artigo 21 do referido diploma legal institui a criação da ANTT sob a roupagem de regime autárquico especial, sendo caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes⁵⁸.

Ademais, o artigo 20 estabelece dois objetivos preponderantes à ANTT, quais sejam:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I - implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 10.233/2001. “Art. 21, § 2º O regime autárquico especial conferido à ANTT e à ANTAQ é caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm

Denota-se, claramente, os objetivos de implementador das políticas definidas pelo Ministério dos Transportes e, sobretudo, de agente regulador e fiscalizador, sendo o responsável por um dos encargos mais relevantes do Poder Concedente, qual seja, o de “fiscalização permanente do concessionário”⁵⁹.

Ainda neste sentido, o artigo 27 da Lei nº 10.233 estipula a atribuição de “fiscalizar diretamente o cumprimento das condições de outorga de autorização e das cláusulas contratuais de permissão para prestação de serviços ou de concessão para exploração da infraestrutura.”.

Percebe-se, novamente, o caráter fiscalizador atribuído à agência pelo legislador infraconstitucional, sendo essa uma de suas obrigações mais relevantes. Concentra-se o presente trabalho nesta função específica da ANTT tendo em vista o volume expressivo de críticas que vem recebendo a agência reguladora justamente por falhar nessa tarefa. Ademais, o mesmo diploma legal estabelece outros ofícios, a saber: promoção de pesquisas e estudos de demanda de tráfego, estudos de tarifas apropriadas, editar atos de outorga e autorizar projetos e investimento neste âmbito, dentre outras funções.⁶⁰

4.2 Histórico e panorama atual das concessões rodoviárias federais

O propósito do presente trabalho, ao se predispor a discorrer também sobre o histórico de concessões de rodovias federais, cinge-se em proporcionar coerência conjuntural ao panorama corrente. Com efeito, sintetizou-se cronologicamente o referido histórico baseado nas três grandes etapas de concessões rodoviárias: a) a primeira, na segunda metade dos anos 90; b) a segunda, entre os anos de 2007 e 2009 e c) a terceira, de 2013 a 2014.

Destarte, observando-se atentamente às datas de cada uma das etapas, percebe-se que o fenômeno de concessões de rodovias por parte do governo federal é relativamente recente se considerarmos os prazos médios de duração das concessões, bem como o fato de que ocorreu a

⁵⁹ Vide subcapítulo 3.3

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 10.233/2001. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm. Acesso em novembro de 2018.

realização de uma grande etapa de concessões em cada um dos últimos governos – iniciou-se no governo Fernando Henrique, prosseguiu no governo Lula e a última ocorreu no governo Dilma.

As concessões de rodovias federais da primeira etapa aconteceram em 1995 no governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. À época, vale destacar, o Brasil acabara de estabilizar a sua moeda a partir da implementação do Plano Real e havia recém publicado a Lei nº 8.987/1995 – que tem norteado o presente trabalho – que substituiu a Lei nº 8.666/1993 como referencial normativo dos contratos de concessão de serviço público.

Apesar do cenário de otimismo com o êxito Real, o custo-Brasil permanecia bastante elevado e a taxa de juros básica da economia atingia números estratosféricos – variando entre 19,04% e 61,34% a.a.⁶¹. Soma-se a isso, o fato de que as rodovias federais apresentavam condições precárias de utilização gerando alto índice de acidentes. Nessa esteira, deve-se compreender que com o custo de oportunidade tão elevado, imerso em um cenário de precariedade das rodovias e imensa instabilidade econômica, o governo federal deveria oferecer taxas de retorno atrativas o suficiente a fim de viabilizar à captação de recursos privados.

Portanto, embora o critério licitatório fosse o de menor valor tarifário, as rodovias federais concessionadas no governo Fernando Henrique foram pedagiadas partindo de valores elevados. Ademais, considerando que o marco regulatório do setor ainda era bastante incipiente, o contrato se mostrou lacunoso e vulnerável, ocasionando reajustes e revisões sucessivas dos concessionários, elevando o valor real das tarifas a um patamar consideravelmente acima do índice de preços do reajuste⁶². Dentre as concessões efetuadas à época, destacam-se: a Ponte Rio-Niterói e a Presidente Dutra.

⁶¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Histórico das taxa de juros. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/COPOMJUROS/>. Acesso em novembro de 2018

⁶² CAMPOS NETO, Carlos (org). Modelos de concessão de rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: evolução histórica e avanços regulatórios. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, 2018. p. 17

A segunda etapa de concessões de rodovias federais ocorreu durante o governo Lula, entre 2007 e 2009. O cenário do país era completamente distinto com relação àquele da primeira rodada do governo Fernando Henrique. A taxa básica de juros encontrava-se em 11% a.a. e o risco-país do Brasil perante as principais agências de risco internacionais havia despencado. Por conseguinte, além de conceder à iniciativa privada 3.304 quilômetros de rodovias federais, mais do que o dobro em relação ao governo Fernando Henrique, a tarifa média de pedágio custou a terça parte, sendo até hoje a tarifa média menos onerosa considerando as três etapas já licitadas.⁶³ Também foi a partir do governo Lula que ANTT passou a atuar efetivamente como representante da União, restando incumbida das tarefas de estudo de viabilidade, redação do instrumento convocatório, redação dos termos contratuais das concessões, bem como desenvolvimento e fiscalização das rodovias conforme visto anteriormente.

Os contratos celebrados durante a segunda etapa apresentaram diversas evoluções em favor da qualidade da prestação do serviço público, a saber: o atraso na contratação do financiamento deixou de ser escusa para atraso de cronograma, as receitas acessórias extraordinárias passaram a ser refletidas em modicidade tarifária e o contrato passou a prever a ampliação de capacidade da rodovia mediante o atingimento de certos gatilhos. Entretanto, como preconizado na Lei nº 8.987/1995, o risco de demanda seguiu integralmente com o concessionário.⁶⁴

Finalmente, a terceira etapa ocorreu durante o governo Dilma em duas fases distintas – sendo a primeira em 2013 e a segunda em 2014⁶⁵. Somando-se a extensão de rodovias concessionadas nesta ocasião têm-se um total de 4.723,9 quilômetros – um aumento expressivo em relação à quantidade licitada no governo Lula.

Sob o ponto de vista meramente regulatório, novamente, os contratos de concessão celebrados durante esta etapa apresentaram alguns avanços, dentre os quais: a) aprimoramento da utilização de gatilhos de tráfego para obras de ampliação das rodovias – embora a duplicação

⁶³ Idem. pp. 20 a 22.

⁶⁴ Idem. pp. 21 a 23.

⁶⁵ DUTRA, Joisa; NACCACHE, Patrícia. (Novos e Antigos) desafios ao financiamento de rodovias no Brasil. Revista Conjuntura Econômica. Outubro, 2017. p. 53 a 55.

de um percentual pré-definido da rodovia fosse obrigação do concessionário independente dos gatilhos de tráfego; b) recolhimento de verba anual de fiscalização visando investimento em pesquisa e desenvolvimento por parte da ANTT e, sobretudo c) a implementação de diversos fatores no instrumento contratual aptos a aumentar ou reduzir a tarifa a depender do avanço das obras, dos indicadores de desempenho e das métricas de qualidade do serviço.⁶⁶ Ou seja, na prática, os contratos de concessão do governo Dilma apresentaram avanços em diversos institutos, buscando-se, a partir de indicadores de níveis de performance, aumentar a previsibilidade do valor da tarifa, bem como oferecer estímulos a prestação adequada do serviço.

Não obstante o desenvolvimento regulatório do setor, a deflagração da Operação Lava-Jato um ano após a licitação da terceira etapa alterou drasticamente os rumos do setor, tendo em vista que as principais empresas de infraestrutura do país foram gravemente implicadas nas investigações subsequentes.

Com efeito, conforme a operação se alastrava implicando novas construtoras e empreiteiras, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, restringia o acesso dessas empresas ao financiamento de longo prazo. Neste sentido, considerando o vulto dos investimentos necessários para fazer frente às obras de duplicação e restauração das rodovias, as empresas que haviam contratado apenas o empréstimo-ponte⁶⁷ não lograram êxito em conseguir o financiamento definitivo.

O BNDES, que até 2016 financiava 70% do setor de rodovias, hoje, não responde sequer por 50%⁶⁸. Por conseguinte, as concessões da terceira rodada apresentaram avanços bastante tímidos e aquém do previsto nos cronogramas de execução da obra, não cumprindo com o mínimo necessário para implementação de todos os pedágios. Por fim, a grave recessão pela qual atravessa o Brasil reverteu a previsão de fluxo de demanda das rodovias, não só deixando

⁶⁶ CAMPOS NETO, Carlos (org.) op. cit. p. 25

⁶⁷ Empréstimo-ponte consiste no financiamento a um projeto com o objetivo de agilizar a realização de investimentos por meio da concessão de recursos no período de estruturação da operação de financiamento de longo prazo, à qual o empréstimo-ponte deve estar, necessariamente, associado. BNDES. Glossário do relatório 2014: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Hotsites/Relatorio_Anual_2014/glossario.html

⁶⁸ DUTRA, Joisa; NACCACHE, Patrícia. op. cit. p. 55

de crescer na proporção assumida quando da proposta, como retraindo com relação à própria demanda de 2013 e 2014⁶⁹.

Depreende-se, portanto, que as rodovias concessionadas na terceira etapa encontram-se em estado crítico. O descompasso entre a previsão de receita estipulada quando da data da proposta e o cenário corrente motivaram diversas concessionárias a pleitearem a devolução das rodovias concessionadas, citando-se, como exemplo, o interesse público da concessionária Invepar em devolver a BR-040⁷⁰.

Neste sentido, o Governo Federal editou a MP nº 752/2016, denominada vulgarmente de MP das Concessões. Embora tal MP tenha sido convertida na Lei nº 13.448/2017, é imperativo ressaltar que o texto final aprovado pelo Congresso Nacional não acrescentou à redação originária MP nº 752 que efetivassem as soluções jurídicas propostas pelas diretrizes⁷¹. Aliás, como veremos a seguir, a MP nº 800/2017 – apelidada de MP das Rodovias – nada mais é do que um adendo por parte da União para permitir a efetivação das políticas programadas para a MP das Concessões.

4.3 Lei nº 13.448/2017: progresso ou inutilidade

Conforme já destacado no último parágrafo, a Lei nº 13.448/2017 é a conversão da MP 752/2017 após o cumprimento do rito específico pelo Congresso Nacional. Analisando-se o texto legal da Lei nº 13.448/2017, percebe-se que esta foi promulgada sem alterações drásticas com relação a MP.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Invepar anuncia processo para devolução e relicitação da rodovia BR-040. Jornal Folha de São Paulo, 12 de setembro de 2017. Acesso em novembro de 2018: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1917690-invepar-anuncia-processo-para-devolucao-e-relicitacao-da-rodovia-br-040.shtml>

⁷¹ POLITO, Rodrigo. Moreira Franco: MP das Rodovias dará segurança jurídica às concessões. Valor Econômico. Reportagem 19 de setembro de 2017. Acesso em novembro de 2018.

Inicialmente, vale mencionar que a Lei nº 13.448/2017 não é aplicável a todas as concessões de rodovias federais⁷², mas tão somente àquelas incluídas no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) de que dispõe a Lei nº 13.334/2016. Não obstante a existência dessa restrição, esta diploma legal estabelece categorias bastante abrangentes para o enquadramento no PPI⁷³ sem, contudo, especificar critérios.

Considerando todo o exposto no capítulo anterior sobre o cenário corrente das concessões licitadas na terceira etapa, a Lei nº 13.448/2017 objetivou viabilizar juridicamente soluções econômicas, subdividindo-as em dois temas de grande relevância para o setor: prorrogação e relicitação dos contratos.

A prorrogação dos contratos admite duas modalidades: prorrogação contratual e prorrogação antecipada. Os incisos II e III do artigo do 4º do referido diploma legal conceitua ambas as modalidades:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

II - prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste;

III - relicitação: procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas

⁷² Lei nº 13.448/2017. Art. 2º A prorrogação e a relicitação de que trata esta Lei aplicam-se apenas a empreendimento público prévia e especificamente qualificado para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI).

⁷³ Lei nº 13.334/2016. “Art. 1º Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização. § 1º Podem integrar o PPI: I - os empreendimentos públicos de infraestrutura em execução ou a serem executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta e indireta da União; (...) § 2º Para os fins desta Lei, consideram-se contratos de parceria a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante.”. Denota-se do parágrafo segundo uma categorização bastante abrangente do conceito “contrato de parceria”.

condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.

Com efeito, o fator de diferenciação das duas modalidades é justamente o período em que é celebrada a prorrogação. Ao passo que uma é celebrada com o encerramento do prazo contrato, o inciso II estipulou a possibilidade de prorrogação antecipada. Em seguida, o artigo 5º apresenta algumas restrições às hipóteses de prorrogação, sob pena de violação do instrumento convocatório. Neste sentido, sujeitam-se às prorrogações à discricionariedade administrativa – devendo avaliar concretamente as vantagens *vis-à-vis* com o interesse público – e não podem ser renovadas em mais de uma ocasião ou por prazo superior ao avençado originalmente.

Soma-se a essas restrições as determinações limitantes do artigo 6º da referida lei. A fim de disciplinar, individualmente, o instituto das prorrogações antecipadas o legislador estabeleceu dois requisitos às prorrogações de rodovias, sendo o primeiro a necessidade de inclusão de novos investimentos (obras, restaurações, melhorias) não previstos no instrumento original, bem como o decurso mínimo de 50% do prazo avençado. Por fim, o § 2º, inciso I do artigo em comento restringiu à prorrogação contratual às empresas que tenham alcançado padrões satisfatórios de desempenho até a data de encaminhamento da prorrogação:

Art. 6º A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º desta Lei.

§ 2º A prorrogação antecipada estará, ainda, condicionada ao atendimento das seguintes exigências por parte do contratado:

I - quanto à concessão rodoviária, a execução de, no mínimo, 80% (oitenta por cento) das obras obrigatórias exigíveis entre o início da concessão e o encaminhamento da proposta de prorrogação antecipada, desconsideradas as hipóteses de inadimplemento contratual para as quais o contratado não tenha dado causa, conforme relatório elaborado pelo órgão ou pela entidade competente;

Isto posto, frisa-se, novamente, que independentemente de haver preenchido os requisitos legais à decisão em se prosseguir ou não com a prorrogação está sujeita à discricionariedade administrativa. Nessa esteira, o artigo 8º caput oferece diretriz normativa ao ato discricionário da Administração, estabelecendo que, mesmo que o particular esteja plenamente enquadrado, esta deve ponderar entre as vantagens da prorrogação ou de nova licitação.

A relicitação, por sua vez, apresenta-se como inovação legislativa em um cenário de prejuízos e incerteza para o setor. O objetivo primordial da relicitação é a continuidade dos serviços públicos em contratos cujo concessionário “demonstre incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas”⁷⁴.

Ademais, o instituto da relicitação pressupõe uma hipótese extintiva consensual do contrato. Quando da análise das modalidades de extinção dos contratos de concessão de serviço público no subcapítulo 3.4 apontou-se a possibilidade de extinguir pela via consensual qualquer contrato que possa ser desfeito pela via unilateral desde que não se desfigurasse o contexto das hipóteses extintivas. Neste sentido, o artigo 14 da Lei 13.448/2017 preconiza exatamente esta possibilidade, senão vejamos:

Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

Finalmente, além de estipular diversas hipóteses de impedimento de participação em novas licitações, o diploma em questão também definiu que as questões relativas às indenizações devidas, ou pelo órgão ou pela parte, deverão submetidas à arbitragem ou outro mecanismo privado de resolução de disputa⁷⁵.

Em síntese, ainda que tenha introduzido ao ordenamento jurídico pátrio institutos aclamados pelo setor privado, observa-se o perfil eminentemente diretivo da Lei nº 13.448/2017. Neste sentido, são diversos os exemplos no próprio texto legal que remetem à

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 13.448/2017. Art. 13 “Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.”

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 13.448/2017. “Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.”

“regulamentação do órgão ou entidade competente”⁷⁶. Na prática, aprovaram-se os institutos conferindo-lhes roupagem jurídica de lei federal, mas não foram implementadas as medidas colaterais que permitissem a efetivação dos institutos.

Portanto, até a presente data, embora as empresas já tenham manifestado publicamente o interesse de adesão à relicitação ou prorrogação, as disposições legais não se materializaram em atos concretos. É como se a Lei nº 13.448/2017 foi uma norma penal em branco, cuja aplicação depende de edição de normas ulteriores.

4.4 “MP das Rodovias”

A MP nº 800/2017 – popularmente denominada “MP das Rodovias” – foi uma nova tentativa do Governo Federal em proporcionar concretude às recentes alterações legislativas. O objetivo central da medida provisória em questão era permitir a “reprogramação dos investimentos” conforme preâmbulo do próprio texto normativo que versava sobre “diretrizes para a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais”.

O fato da MP disciplinar especificamente a questão da “reprogramação dos investimentos” é bastante simbólico, já que esta alteração permitiria às concessões rodoviárias federais cumprir com as obrigações contratuais de duplicação das rodovias em até 14 anos, não apenas em 5 como previa o contrato originalmente.

Aliás, o texto contratual original previa no Plano de Exploração de Rodovias (PER) a duplicação integral das rodovias em até 5 anos, condicionando diversos benefícios ao concessionário ao cumprimento desta estipulação contratual. Cita-se, como exemplo, que o início da cobrança de tarifa de pedágio estava vinculada à implantação de, pelo menos, 10% da

⁷⁶ Neste sentido, os Art. 17, § 1º e 8º, § 1º que estabelecem, respectivamente, condições para a efetivação da relicitação ou prorrogação dos contratos sob regime de concessão, pressupõem a edição de decreto ulterior visando regulamentação da norma.

extensão das obras de duplicação previstas PER. Transcreve-se abaixo o referido dispositivo do contrato celebrado entre a União e a Concessionária BR 040 S.A:

“18 Tarifa de Pedágio

18.1 Início da Cobrança

18.1.1 A cobrança da Tarifa de Pedágio somente poderá ter início, em qualquer das praças de pedágio, após a conclusão dos Trabalhos Iniciais no Sistema Rodoviário, a implantação de 10% (dez por cento) da extensão total das obras de duplicação previstas no PER, a implantação de praça de pedágio e o cumprimento, pela Concessionária, do disposto na subcláusula 24.2.2, bem como da entrega do programa de redução de acidentes e do cadastro do passivo ambiental.”⁷⁷.

Vê-se, portanto, que o objetivo inicial da União, quando da celebração das concessões da terceira etapa, era assegurar o cumprimento das duplicações das rodovias em um curto espaço de tempo, vinculando esta determinação contratual a vantagens diversas. Entretanto, como já esmiuçamos, o cenário de crise somado à escassez de financiamento inviabilizou a operação de diversas das empresas.

Durante o período de vigência da MP nº 800/2017, ao menos quatro empresas já haviam requerido junto à ANTT o deferimento da reprogramação.⁷⁸ Em seguida, temerário em relação a não conversão da MP no Congresso Nacional, o Governo Federal informou às concessionárias que as medidas propostas na referida MP dependeriam da conversão em lei, o que não sucedeu.

Até o momento não há definição concreta em relação as concessões rodoviárias federais da terceira etapa.

⁷⁷ Dispositivo extraído do Contrato de Concessão celebrado entre União e Concessionária BR 040 S.A. Edital nº 006/2013. Parte VII. Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/Via_040/Index.html. Acesso em novembro 2018.

⁷⁸ BITTENCOURT, Rafael; PIRES, Fernanda. Sem MP, concessionárias traçam plano alternativo. Jornal Valor Econômico. Publicado em 28 de fevereiro de 2018. Acesso em novembro de 2018: <https://www.valor.com.br/brasil/5351535/sem-mp-concessionarias-tracam-plano-alternativo>

5. CONCLUSÃO

A constante transformação a que está submetido o direito regulatório produz repercussões em institutos tradicionalíssimos do direito administrativo. A troca de experiências decorrente das relações contratuais de longo prazo pressupõe a necessidade de aprimoramento permanente dos instrumentos e normas jurídicas.

Com efeito, conforme restou demonstrado no presente trabalho, desde o advento da Lei nº 8.666/1993 que regulamenta as licitações e contratos administrativos, ambos os conceitos passaram por diversas transformações sendo adaptados aos contornos específicos dos contratos de concessão de serviço público. Discute-se, hoje, sobre compartilhamento objetivo dos riscos, algo impensável há vinte anos.

Entretanto, o cenário recessão econômica agravado pelas implicações decorrentes da Operação Lava-Jato, afetou brutalmente o setor de infraestrutura do país, demandando-se medidas urgentes aptas a solucionar assertivamente um quadro intransponível por meio dos instrumentos e legislações vigentes. Ressalta-se, ainda, a complexidade da realidade orçamentária do país, inviabilizando investimentos do próprio Estado em infraestrutura.

Destarte, o atual estado de limbo das concessões de rodovias federais da terceira etapa nos remete à releitura do conceito de “legislação simbólica”⁷⁹ desenvolvida por Marcelo Neves em temas afeitos à Constituição. Dentre as características desse instituto, o autor destaca o interesse em adiar a solução de conflitos sociais através de conflitos dilatórios e demonstrar a capacidade de ação do Estado.

Conquanto não se esteja diante de um conflito eminentemente social na acepção enobrecida da palavra, verifica-se inquestionável a utilização de instrumentos jurídico-

⁷⁹ NEVES, Marcelo. 2007 *apud* OLIVEIRA, Thais. LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E A ALOPOIESE NO DIREITO: POR UMA APROXIMAÇÃO DE CONCEITOS A PARTIR DE MARCELO NEVES. p. 5. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=783919a58a6cea9b>

normativos esvaziados de substância por dependência de norma regulamentadora ulterior. Posterga-se em meses ou anos soluções vitais causando o agravamento de cenários já críticos.

Finalmente, considerando a tendência da efetivação de políticas de privatização e concessão, deve-se buscar experiências bem sucedidas de modelos concessórios (modelo chileno) que resistam às flutuações cíclicas da economia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Histórico das taxa de juros. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/COPOMJUROS/>. Acesso em novembro de 2018

BITTENCOURT, Rafael; PIRES, Fernanda. Sem MP, concessionárias traçam plano alternativo. Jornal Valor Econômico. Publicado em 28 de fevereiro de 2018. Acesso em novembro de 2018: <https://www.valor.com.br/brasil/5351535/sem-mp-concessionarias-tracam-plano-alternativo>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 8.666 de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm

BRASIL. Lei nº 8.987 de 1995. Lei de Concessão e Permissão de Serviço Público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm

BRASIL. Lei nº 10.233 de 2001. Lei que dispõe acerca da criação da ANTT estabelecendo atribuições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm

BRASIL. Lei nº 11.079 de 2004. Lei de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm

BRASIL. Lei nº 13.334 de 2016. Lei que institui o Programa de Parcerias de Investimentos em âmbito federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm

BRASIL. Lei nº 13.448 de 2017. Lei que dispõe sobre o Prorrogação e Relicitação do Programa de Parcerias de Investimentos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm

BRASIL. Medida Provisória nº 752 de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv752.htm

BRASIL. Medida Provisória nº 800 de 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7189366&ts=1543010821263&disposition=inline>

BRASIL. Ministério dos Transportes. ANTT. Contrato de Concessão celebrado entre União e Concessionária BR 040 S.A. Edital nº 006/2013. Parte VII. Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras/Via_040/Index.html. Acesso em novembro 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26 edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DUTRA, Joisa; NACCACHE, Patrícia. (Novos e Antigos) desafios ao financiamento de rodovias no Brasil. Revista Conjuntura Econômica. Outubro, 2017

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA, Rafael; VIANNA, Rodrigo. Direito administrativo contratual. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

FOLHA DE SÃO PAULO. Invepar anuncia processo para devolução e relicitação da rodovia BR-040. Jornal Folha de São Paulo online, 12 de setembro de 2017. Acesso em novembro de 2018: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1917690-invepar-anuncia-processo-para-devolucao-e-relicitacao-da-rodovia-br-040.shtml>

GOMES, Orlando. Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUIMARÃES, Fernando. Concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEVES, Marcelo. 2007 *apud* OLIVEIRA, Thais. LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E A ALOPOIESE NO DIREITO: POR UMA APROXIMAÇÃO DE CONCEITOS A PARTIR DE MARCELO NEVES. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=783919a58a6cea9b>

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Método, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

POLITO, Rodrigo. Moreira Franco: MP das Rodovias dará segurança jurídica às concessões. Valor Econômico. Reportagem 19 de setembro de 2017. Acesso em novembro de 2018

TRF-4 - AC: 14939 RS 95.04.14939-1, Relator: LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, Data de Julgamento: 27/04/1999, QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/07/1999
PÁGINA: 318