

1 2  9 0

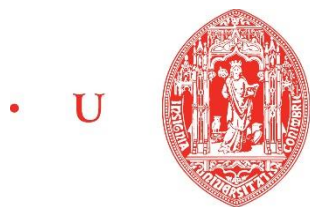
UNIVERSIDADE D  
**COIMBRA**

Flávio Amaral Garcia

**A MUTABILIDADE NOS CONTRATOS DE  
CONCESSÃO NO BRASIL**

**Tese no âmbito do doutoramento em Direito, ramo de Direito Público,  
orientada pelo Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves e apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Julho de 2019



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

## A MUTABILIDADE NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO NO BRASIL

Tese apresentada como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor orientador Doutor Pedro Costa Gonçalves.

Flávio Amaral Garcia

***“NADA É PERMANENTE, EXCETO A MUDANÇA”***

**HERÁCLITO DE ÉFESO (Filósofo Grego)**

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é investigar a temática da mutabilidade nos contratos de concessão. Os contratos administrativos sempre se caracterizaram pelo traço da mutabilidade. Ocorre que nos contratos duradouros – como são as concessões de serviços públicos e as parcerias público-privadas – a mutabilidade se apresenta com maior intensidade e complexidade. A tese parte da premissa de que a mudança é inexorável e que as estruturas contratuais hodiernas devem estar preparadas para lidar com as modificações econômicas, financeiras, técnicas e políticas que, certamente, se sucederão ao longo da execução do contrato. As relações jurídicas contratuais se iniciam estáveis, mas tendem a ser alteradas durante a execução, o que ocorre de modo mais agudo nos contratos duradouros. Pretende-se demonstrar que a estruturação e a governação dos contratos de concessão contemporâneos impacta diretamente no atributo da mutabilidade, que, necessariamente, deve ser investigada a partir dessa nova concepção. É preciso olhar a mutabilidade considerando a realidade dos contratos de concessão no século XXI, que se apresenta de forma inteiramente distinta das concessões oitocentistas. Assim, temas como a regulação por contrato, a alocação de riscos, a concepção dialógica e multilateral do objeto, o foco no resultado são características dos contratos de concessão modernos que guardam direta relação com a mutabilidade e modificam profundamente a sua compreensão. Do mesmo modo, as contribuições da Análise Econômica do Direito, permitem o enquadramento desses contratos como incompletos e verdadeiramente relacionais, apresentando significativa repercussão no estudo da mutabilidade. As categorias tradicionais de modificação dos contratos administrativos – nomeadamente aquelas oriundas do Direito Administrativo Francês - ainda ostentam a sua importância, eis que permitem uma sistematização e compreensão da mutabilidade. Entretanto, não são mais exaurientes e nelas não mais se encontram todas as respostas para os desafios que a mutabilidade impõe. O estudo da mutabilidade proposto na presente tese guarda, ainda, direta e visceral conexão com a temática do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, porquanto as mutações que incidem nas relações contratuais públicas de longo prazo acarretam como principal consequência o dever de reequilibrar o contrato. Compreender o equilíbrio econômico-financeiro, as causas de desequilíbrio e as formas de reequilíbrio se desvela como um desafio intrínseco à própria mutabilidade.

O princípio da concorrência se apresenta, igualmente, indissociável da mutabilidade. No Direito Europeu, com o advento das Diretivas de 2014, o princípio da concorrência foi alçado ao principal parâmetro conformador da mutabilidade, com o avanço significativo na regulação substantiva da modificação dos contratos administrativos, bem diferente do que ocorre no Brasil, que ainda não sistematizou a mutabilidade de forma adequada. Todas essas questões, perspectivas e nuances da mutabilidade foram objeto de abordagem na presente tese, que não teve como finalidade esgotar a tão complexa e desafiadora temática da modificação dos contratos de concessão, mas tão-somente apresentar uma visão da mutabilidade à luz do Direito Administrativo no século XXI.

## ABSTRACT

This paper aims to study the mutability in concession agreements. The administrative agreements are always known for their mutability feature. When in durable contracts - as are the concessions of public services and private-public partnerships - the mutability demonstrates greater intensity and complexity. This thesis derives from the principle that the change is inevitable and the contractual structures must be prepared to deal with economic, financial, technical and political changes which, definitely, will happen through the contract's execution. The legal contractual relations begin stable, but they tend to change during the execution, which happens severely in durable contracts. The structure and governance of modern concession agreements directly impacts on mutability feature, which, necessarily, must be investigated through this new conception. Considering the mutability, the reality of the concession agreements in XXI century are intirely distinct of last century's concessions. Thus, some characteristics of modern concession agreements are: the contractual adjustments, risk allocation, dialogical and plural conceptions of the object, and focus on results. These characteristics keep straight relation with mutability and modify its comprehension. In the same way, the contributions of Law Economic Analysis, allow these agreements to be incomplete and truly relational, showing significant impact in mutability study. The traditional categories of modifying the administrative agreements - in particular those originated from French Administrative Law - still care them importance, for they allow a systematization and comprehension of mutability. However, they are no longer gruelling and on them there are no more answers to the challenges enforced by mutability. The mutability's study proposed in this paper keeps, still, a strict and visceral conection with the financial-economic balance of concession agreements, for the alterations in public durable contractual relations mainly affect the duty of rebalnce the agreement. Comprehend the financial-economic balance, the causes of imbalance and the ways of rebalance disclose as an inherent challange to mutability itself. The concurrence principle equally presents itself as inseparable of mutability. In European Law, with 2014's directives, the principle of concurrence was raised to the main conformador parameter of mutability, with the advance of adjustment in changes of administrative agreements, different from what happens in Brazil, which didn't systematized the mutability in an adequate way. All these matters, perspective and nuances of mutability were object of study in this thesis, which didn't aim to deplete this

complex and challenging topic of changes in concession agreements, but only present a point of view of Administrative Law in XXI century.

## AGRADECIMENTOS

É hora de agradecer todas as pessoas que, direta ou indiretamente, participaram dessa longa jornada que é o doutoramento.

À minha família, Aline, Juju e Dani, muito obrigado pela generosidade em me apoiarem nas horas mais difíceis e, principalmente, naqueles momentos que desistir parecia ser a melhor opção. Foram muitos os dias de convívio perdidos, mas vocês sempre me incentivaram e me animaram a seguir em frente. Vocês são a melhor parte de mim. À Aline, devo ainda a contribuição na troca de ideias e leitura da tese, com críticas e sugestões para o seu aperfeiçoamento.

Devo, ainda, enorme gratidão ao meu orientador, Professor Doutor Pedro Gonçalves, pelo acolhimento em Portugal, pelas decisivas orientações durante a elaboração da tese e por sempre me incentivar a seguir em frente, mesmo ciente da minha atribulada vida profissional e acadêmica.

Ao Professor Egon Bocckmann Moreira, sou especialmente grato pela força no início e durante todo o doutoramento e por, gentilmente, ter me apresentado ao Professor Pedro Gonçalves logo no início da jornada. Esse apoio foi fundamental.

À Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, o meu agradecimento pelo apoio institucional e financiamento do doutoramento. Espero que a tese possa agregar no estudo dos contratos de longo prazo, servindo de instrumento para aperfeiçoar a estruturação e governação dos contratos de concessão estaduais.

Não posso deixar de registrar a minha gratidão ao três ex-Procuradores Gerais do Estado, Lucia Léa Guimarães Tavares, Leonardo Espíndola e Rodrigo Zambão, que, na chefia da instituição, sempre me apoiaram e incentivaram. Esse agradecimento se estende a todos os Subprocuradores Gerais do Estado.

Devo um agradecimento especial a dois colegas de Procuradoria. Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, que fez o doutoramento um ano antes, foi uma das pessoas que mais me estimularam a aceitar o desafio, além de ter contribuído na leitura e revisão da tese, com observações fundamentais para o aprimoramento do trabalho. Henrique Bastos Rocha - que além de colega de Procuradoria, era meu sócio no Escritório Juruena e



Associados - acabou por compartilhar todos os momentos de angústia durante o processo de elaboração da tese, sempre com palavras amigas e sugestões de mérito relevantes.

Aos colegas do Escritório Juruena e Associados, o meu muito obrigado pela compreensão e apoio durante toda a elaboração da tese. Especial agradecimento devo à Eliane, sempre me apoiando nas questões de formalização e organização do trabalho. À Luciana, sou grato pelo apoio fundamental na pesquisa do Capítulo 3. Ao Cauã, serei eternamente grato por apoio durante todo o trabalho, me auxiliando na pesquisa e na formatação da tese. A sua ajuda foi simplesmente decisiva. À Mônica, pelo apoio e palavras amigas nas horas difíceis.

Aos meus amigos que, durante a elaboração da tese, sempre me apoiaram e entenderam a minha ausência. Em nome de todos, agradeço à Paulo Cesar Melo da Cunha e Heliana Gomes de Almeida, que me acompanham durante uma vida.

Aos meus amigos de Doutorado, Natália, Pedro, Nadja e André, serei eternamente grato pela acolhida e amizade durante o período que estive em Coimbra, além de todo o apoio e generosidade no compartilhamento de material e de ideias.

Em Coimbra, fiz amigos além da Faculdade de Direito e que tornaram a minha vida bem melhor. Um agradecimento especial devo ao Pedro, Manoela e André Sardet, além de todos os amigos que fiz no local que me acolheu e que considero a minha casa em Coimbra: a encantadora Casas da Alta.

Por fim, um agradecimento especial aqueles que não mais estão aqui.

Flavio e Romea, meus queridos pais, que tanta falta me fazem. Obrigado por tudo. Mãe, obrigado por você ter feito o sacrifício, mesmo com os seus problemas de saúde, em me visitar e incentivar em Coimbra. Pena não estar aqui para ver o final da jornada, mas tenho certeza que vocês estão sempre ao meu lado.

Ao Diogo, meu professor que, no fim da sua vida, virou um grande amigo. Muito obrigado pelo incentivo. Aquele nosso almoço, regado a um bom vinho português, foi decisivo para a minha tomada de decisão.

Ao Marcos, meu irmão, mestre, amigo e principal referência na vida. Com atraso, te dedico o meu doutoramento.

## CAPÍTULO 1: INTRODUÇÃO

A passagem do tempo e as suas repercussões nas relações jurídicas sempre foram temas centrais no Direito. No fundo, trata-se do reconhecimento da incapacidade do ser humano em calcular e prever as contingências futuras, bem como as complexas questões que se põem em causa quando a ocorrência de fatos novos produz efeitos em situações jurídicas geradas no passado.

Os contratos - privados ou públicos - contrapõem, de um lado, a necessidade de estabilidade e segurança jurídica que as partes intendem ao contratar e, de outro, as circunstâncias intrínsecas e extrínsecas à relação contratual, tornando inevitáveis as suas alterações.

A diferença na pós-modernidade está na vertiginosa aceleração em que as mudanças ocorrem, aumentando sua imprevisibilidade e deixando as relações sociais, políticas, econômicas, financeiras e, conseqüentemente, as jurídicas, muito mais complexas, sofisticadas e erráticas do que eram no passado<sup>1</sup>.

Sem dúvida, a evolução tecnológica desempenha um papel fundamental na intensificação das transformações de todos os setores da vida humana, a reclamar a construção de novos esquemas e métodos que enfrentem os desafios da força avassaladora do mundo dos fatos, desequilibrando as relações pactuadas. As modificações tecnológicas sempre impactaram profundamente o cotidiano das pessoas, as atividades empresariais e econômicas e o próprio funcionamento do Estado, desafiando o Direito a estar em permanente evolução para se conformar às novas realidades. O que tem de novo é a velocidade com que as inovações se sucedem no século XXI.

Nos setores de infraestrutura e de prestação de serviços públicos - tradicionalmente organizados a partir de relações contratuais duradouras - a complexidade e intensidade das mais distintas mutações assumem proporções bem mais significativas e imprevisíveis em relação àquelas que poderiam ser cogitadas nas concessões oitocentistas.

---

<sup>1</sup> Ian Somerville e Jonh Edwin Mroz anotam que “[...] desde os físicos pré-socráticos e antigos filósofos até Darwin, Marx e Dewey, a mudança tem sido objeto de investigação a qual faltaram definição e mecanismos de avaliação. Todavia, os atuais líderes empresariais não têm escolha a não ser tomar decisões em um mundo onde o ritmo e a complexidade da mudança se tornaram quase esmagadores, embaçando os limites aceitos de tempo, espaço e idioma.” (SOMERVILLE, Iain; MROZ, Jonh Edwin. *Novas tendências para um novo mundo*. In: Organização do Futuro: como preparar hoje as empresas de amanhã. 2. ed. São Paulo: Peter Drucker Foundation, 1997. p. 84).

Setores vitais para o desenvolvimento econômico e social de um país, como energia, petróleo, gás natural, portos, telecomunicações, saneamento e transportes (aeroportuário, ferroviário, aquaviário e rodoviário), têm sido ordinariamente objetos de delegação para a iniciativa privada por meio de contratos.

Independentemente da conformação jurídica ou mesmo do arranjo econômico conferido ao contrato, a nota comum a todos está na magnitude dos investimentos e dos prazos extensos que integram a sua essência. Desse modo, eles se tornam, naturalmente, mais suscetíveis às mudanças econômicas, sociais, tecnológicas e políticas do que os contratos com menor prazo de duração.

Ao fazer um paralelo e uma aproximação com a física, pode-se aludir que os contratos de concessão guardam semelhanças com o fenômeno descrito como entropia, que de acordo com a ciência, é a predisposição para a transformação de tudo. Essa manifestação, segundo Stephen Hawking (2017)<sup>2</sup>, é a tendência de desordenar, com o passar do tempo, tudo o que é dotado de ordem. A entropia se inicia com um sistema razoavelmente organizado e ordenado, sendo que ao longo do tempo aumenta a sua probabilidade de entrar em grau de desordem.

Desse modo, as relações contratuais duradouras se iniciam estáveis, com os direitos e as obrigações definidos e organizados. No entanto, a tendência, com o transcorrer do tempo, é que os eventos aleatórios e as incertezas reduzam esse estado jurídico alinhado, ampliando a possibilidade de ocorrer eventos não previstos inicialmente e causadores de desordem no sistema contratual.

Examinar a mutabilidade nos contratos de concessão é o desafio que se impõe nesta tese. Para tanto, necessário definir e delimitar o objeto, bem como expor o plano de investigação que se pretende abordar.

### 1.1 Objeto da Investigação

O objeto principal da investigação - que sobremodo anima o presente estudo - é a delimitação de uma coordenação racional e harmônica entre a indispensável segurança jurídica e a inexorável mutabilidade inerente aos contratos públicos duradouros. Os contratos de longo prazo - nomeadamente aqueles que estruturam a delegação de serviços

---

<sup>2</sup> HAWKING, Stephen W. Buracos negros: palestras da BBBC Reith Lectures. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017. p. 29.

e infraestruturas públicas<sup>3</sup> - apresentam uma nova conformação. Além do mais, as modificações ganharam novas tonalidades e intensidades, apresentando um maior grau de complexidade na sua operacionalização.

Como recorda Sabino Cassese (2010), o Direito Administrativo está em constante e veloz mutação<sup>4</sup>, o que põe em causa distintas formas de relacionamento entre o Estado, a sociedade e os operadores econômicos. Isso gera, conseqüentemente, novos desafios decorrentes da complexidade e da dimensão dos contratos estruturantes de serviços e infraestruturas públicas.

Parte, assim, a presente investigação, a partir do reconhecimento pragmático da incapacidade de os contratos de longa duração serem rigidamente regulados *ex ante*, em todos os aspectos e circunstâncias que gravitam ao redor do seu objeto e de suas condições de execução. Nos contratos administrativos duradouros, a modificação deve ser esperada e compreendida como um consectário natural de ajustes que se prolongam no tempo. Dessa forma, a mudança nos contratos de concessão é inexorável, sendo este o ponto de partida do presente trabalho.

A relevância do tema, que ora se pretende aprofundar, guarda direta relação com a circunstância de que os contratos estruturantes de importantes interesses públicos - como as concessões e parcerias público-privadas - realizam o Direito para os indivíduos e para a sociedade, com os seus valores fundamentais. As escolhas refletidas na regulação contratual de ajustes duradouros, assim como as suas modificações e alterações, ultrapassam o mandato eletivo dos governantes e repercutem diretamente nas futuras gerações.

Esses contratos administrativos concretizam interesses públicos primários afetos a toda sociedade, além de viabilizarem o atendimento de princípios de elevada densidade axiológica. Logo, conferir a racionalidade na forma como os contratantes haverão de lidar com as mudanças, que impactarão a relação contratual, é o principal desafio enfrentado na presente análise.

---

<sup>3</sup> O impacto de uma adequada rede de infraestrutura na redução da pobreza e da desigualdade, bem como na maior geração de empregos é abordado por Calderón, C.; Servén, L. *Infrastructure in Latin America. Policy Research Working Paper*. World Bank. 2010. Disponível em < <http://documents.worldbank.org/curated/en/206841468263714529/Infrastructure-in-Latin-America-Working-Paper> > Acesso em 11/03/2019.

<sup>4</sup> Conforme Cassese “*Los cambios del pasado han necesitado siglos. Los actuales suceden en un tempo breve, com gran presteza. El Derecho Civil há disfrutado de una enorme estabilidad a lo largo del tempo. El Derecho Administrativo, em cambio, se há caracterizado por cambios cada vez más vertiginosos.*” (CASSESE, Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Milão: Giuffrè, 2010, p. 370).

Aprofundar o estudo da mutabilidade, na atual quadra, apresenta também a relevância de poder contribuir para compreender e minimizar os riscos decorrentes da corrupção.

Não obstante, não seja esse o enfoque da presente tese - o estudo das patologias nas modificações dos contratos administrativos -, a verdade é que os últimos grandes escândalos de corrupção no Brasil se materializaram por meio de termos aditivos em contratos dessa natureza. Assim, esses acontecimentos podem ser exemplificados, entre outros, com a Operação Lava Jato, na Petrobrás<sup>5</sup>, e a Operação Integração, nas concessões de rodovias do estado do Paraná<sup>6</sup>.

Por todas as razões apresentadas, compreende-se que a desafiadora temática da mutabilidade, nos contratos administrativos duradouros, apresenta uma destacada importância - teórica e prática - para o Direito Administrativo.

Portanto, é indispensável delimitar corretamente o objeto da investigação, estabelecendo os limites e parâmetros que conformaram a pesquisa e o próprio desenvolvimento do estudo.

---

<sup>5</sup> Veja-se o relato: “Relatórios do Tribunal de Contas da União (TCU), aos quais o Jornal Nacional teve acesso com exclusividade, apontam que obras da Petrobras investigadas na Operação Lava Jato tiveram aditivos bilionários que chegaram a quintuplicar os valores dos contratos. Foi o caso da refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco. Um aditivo aumentou o valor do contrato em R\$ 150 milhões, 568% a mais do valor inicial. Em 2005, a previsão de custo da obra era de R\$ 7,4 bilhões. Até o final do ano passado, foram gastos na construção da refinaria R\$ 35,7 bilhões – quase cinco vezes mais. Outro caso é do gasoduto Coari-Manaus, que teve aditivos de R\$ 563 milhões: 84% acima do contratado, segundo apurou o Jornal Nacional. Aditivos são mudanças feitas depois da assinatura de um contrato, que permitem novos serviços, prazos mais longos e aumento de valores. O decreto que regulamenta os negócios da Petrobras diz que os aditivos só podem custar 25% do valor atualizado do contrato. Ao falar na CPI da Petrobras sobre os aditivos, um dos acusados na Operação Lava Jato, o ex-gerente da estatal Pedro Barusco, disse que ‘em grande parte deles, a exemplo dos contratos, também havia um percentual de propina.’” (G1. Política: operação Lava Jato. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/04/tcu-aponta-excesso-de-aditivos-em-contratos-investigados-na-lava-jato.html>>. Acesso em: 15 fev. 2019).

<sup>6</sup> Confira-se a notícia: “A Operação Integração 48ª fase da Lava Jato, deflagrada nesta quinta-feira (22), suspeita que o superfaturamento no valor de obras realizadas e os contratos fictícios lançados na contabilidade pelas concessionárias de rodovias federais do Anel da Integração serviam para gerar recursos para pagamentos de propinas a agentes públicos do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), do Departamento de Estradas de Rodagem (DER) do Paraná e da Casa Civil do governo do Paraná. [...] Um laudo, que usou como parâmetro a tabela do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), da Caixa Econômica Federal, mostrou que o sobrepreço de itens da planilha chegou a 89% em relação ao valor de mercado. Apesar de existir uma determinação do Tribunal de Contas da União (TCU) e um estudo técnico que recomendava a redução da tarifa em 18%, a Econorte foi favorecida por dois termos aditivos e um termo de ajuste que aumentaram a tarifa paga pelo usuário em mais de 25%.” (TRIBUNA. Política. 2018. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/politica/precos-abusivos-de-obras-de-concessionarias-de-rodovias-sao-investigados-na-lava-jato/>>. Acesso em: 15 fev. 2019).

## 1.2 Delimitação do Objeto

Circunscrever os limites do objeto da presente análise é tarefa que se impõe, porquanto a temática escolhida para o aprofundamento, ou seja, a mutabilidade nos contratos administrativos duradouros, comporta uma miríade de distintas abordagens e visões e uma enorme largueza na sua investigação.

O escopo deste trabalho tem finalidades específicas que, se não delineadas e definidas com rigor, podem induzir a uma ideia equivocada ou até mesmo pretensiosa de que se estaria cogitando esgotar todas as possíveis vertentes no tratamento de um tema amplo e historicamente complexo.

A primeira e indispensável delimitação se refere aos limites dos contratos administrativos que servem de referência ao estudo da mutabilidade. O objetivo é examinar e aprofundar o impacto das mudanças impostas naturalmente aos contratos que são duradouros.

Em outros termos, a preocupação central que orienta o presente estudo é a repercussão das mutações e variações nos contratos administrativos duradouros, assim considerados aqueles que ultrapassam o prazo de cinco anos<sup>7</sup>. Este limite temporal se apresenta como uma linha divisória segura, a qual separa os contratos de curta e longa duração<sup>8</sup>. Como intuitivo, contratos administrativos duradouros compreendem prazos alargados - não aleatoriamente definidos -, mas mandatórios e suficientes para a consecução das finalidades de interesse público.

Aqui, uma outra delimitação é crucial. Não é foco deste estudo o impacto da mutabilidade em todo e qualquer contrato administrativo duradouro, mas apenas naqueles que recorrem à técnica concessional. Interessa, por conseguinte, ocupar-se dos contratos públicos que demandam a mobilização de capitais privados para a consecução de tarefas públicas, sob a responsabilidade e gestão do particular.

---

<sup>7</sup> Várias conclusões ou mesmo discussões que serão desenvolvidas ao longo desta tese poderão, também, ter aplicabilidade e importância para outros tipos contratuais de natureza duradoura ou mesmo para contratos administrativos de menor duração, não obstante, como dito, o foco tenha sido o exame da mutabilidade nos contratos concessionais.

<sup>8</sup> A Lei nº 8.987/95, que disciplina as concessões comuns, estabelece o prazo de cinco anos como um divisor entre contratos de curta e longa duração, a teor do disposto no parágrafo único do art. 28-A: “Art. 28-A [...] Parágrafo único. Para os fins deste artigo, serão considerados contratos de longo prazo aqueles cujas obrigações tenham prazo médio de vencimento superior a 5 (cinco) anos”. Também as parcerias público-privadas não podem ser celebradas em contratos com prazo inferior a cinco anos, conforme previsto no artigo 2º, §4º, III, da Lei nº 11.074/09, que regula as parcerias público-privadas: “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. [...] § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: [...] II -cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos.”

Utilizar-se-á a expressão contratos de concessão com o propósito declarado de alcançar todos aqueles arranjos juridicamente estruturados para oferecer utilidades públicas (principalmente serviços, obras e infraestruturas), englobando, precipuamente, as concessões comuns (serviços e obras públicas)<sup>9</sup> e as parcerias público-privadas (concessões patrocinadas e administrativas)<sup>10</sup>. Examinar a mutabilidade nestes contratos é, portanto, o objetivo central desta tese.

Contudo, não é escopo versar sobre a mutabilidade a partir de um determinado tipo contratual autônomo (concessão de obras, serviços públicos, patrocinada ou administrativa), ou mesmo confinar o estudo a um setor específico (rodovias, ferrovias, energia, telecomunicações, saneamento, petróleo, gás natural, entre outros).

Avançar no regime substantivo, nas distinções que esses tipos contratuais podem exibir ou nas singularidades de cada setor, reclamaria uma abordagem que escaparia por completo da linha de corte que se pretende delimitar. No entanto, não se ignora que os contratos de concessão apresentam características e peculiaridades que decorrem da própria natureza de seus objetos, das normas do direito positivo e das demandas de interesse público. Isto porque esses elementos, seguramente, variam de acordo com a situação econômica de cada país ou mesmo de seus entes subnacionais, a partir das suas respectivas prioridades e necessidades.

Para o eixo central deste estudo, importa menos prosseguir nas diferenciações entre as espécies contratuais e mais nos elementos convergentes que os aproximam. Assim, na perspectiva que se pretende conformar, as características dos contratos de concessão que interessam para o recorte no estudo da mutabilidade são as seguintes: a) o

---

<sup>9</sup> Confirma-se a definição legal das concessões, conforme previsto no artigo 2º, incisos II e III, da Lei nº 8.987/95: “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.”

<sup>10</sup> Confirma-se a definição das concessões patrocinada e administrativa, que se inserem no gênero das parcerias público-privadas: “Art. 2º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

indispensável aporte de recursos privados para a consecução de cometimentos públicos; b) a assunção de riscos pelo parceiro privado no desempenho das suas tarefas, com a consequente contratualização na alocação dos riscos; c) o longo prazo de duração do contrato, imprescindível para a amortização dos investimentos privados alocados no objeto; d) a execução do contrato com base em uma gestão privada, mas com a exclusiva e intransferível responsabilidade pública em assegurar a realização do objeto eficiente atrelado ao atendimento dos interesses da sociedade e dos usuários.

Compreende-se que os problemas, desafios e dilemas, despertados pela mutabilidade nos contratos de concessão, colocam-se com alguma regularidade e frequência nos arranjos que, grosso modo, desvelam as características acima apontadas. Ademais, tem-se como possível, e principalmente como desafio, apreender o novo contexto da mutabilidade nestes contratos, em especial a partir da contemporânea forma de estruturação e modelagem das concessões. Desse modo, definir adequadamente os limites da flexibilidade nos contratos públicos duradouros guarda direta relação com o próprio êxito do negócio.

Bem se vê que não há a pretensão de oferecer soluções ou respostas absolutas e definitivas para resolver os impasses apresentados nos contratos de concessão a partir de novos fatos econômicos, técnicos, sociais ou mesmo políticos, que interferem na sua concepção original. Seria demasiadamente pretensioso abordar a problemática da mutabilidade com base nessa ambiciosa meta.

São tantas as variáveis, os possíveis conflitos e os problemas que podem surgir com o impacto de novas circunstâncias, acometidas nos contratos de concessão durante a sua execução, que seria extremamente complexo, para não dizer impossível, abordá-los de forma racional, sistêmica e genérica. Por isso, para essa aproximação, seria preciso conhecer o seu substrato fático e, principalmente, a disciplina contratual e normativa de cada situação específica.

O propósito do presente estudo é mais reducionista, senão que lançar um olhar para a temática da mutabilidade nos contratos de concessão com uma nova lente, ancorada nos parâmetros da dogmática contemporânea do Direito Administrativo Contratual.

Dessa forma, o que se projeta não é uma análise exaustiva e completa do tema da mutabilidade nos contratos de concessão, mas a apreensão do novo cenário - no qual a temática se encontra inserida - e dos paradigmas hodiernos que balizam a sua conformação.



Toma-se, aqui, a mutabilidade no seu conceito mais amplo, visto que importa captar os seus contornos e funções no ordenamento jurídico, com o fito de estabelecer uma vinculação lógica e racional com as modernas estruturas contratuais-regulatórias. Logo, é o enquadramento da problemática da mutabilidade, à luz das novas bases do Direito Administrativo Contemporâneo, que se põe em causa no presente estudo.

Outra delimitação importante, a ser destacada, consiste em assentar que o trabalho tomou como base o Direito Brasileiro e os limites da mutabilidade neste ordenamento jurídico. Não se teve a pretensão de elaborar uma tese de Direito Comparado, haja vista a extensão e a complexidade implicadas em um desafio desta natureza. O que se fez, pela importância do tema, foi um estudo da sistemática da modificação dos contratos públicos no contexto do Direito Europeu, como se verá no item a seguir, o qual descreve o plano de investigação aqui utilizado.

De outro lado, sempre que possível, buscar-se-á correlacionar os fundamentos teóricos sustentados na proposição com a prática contemporânea dos contratos de concessão no Brasil, objetivando demonstrar que o cenário desenhado nesta investigação já é uma realidade em parte significativa dos arranjos contratuais duradouros.

Portanto, é indisfarçável o compromisso que ora se assume no enfrentamento de questões polêmicas e concretas que gravitam, cotidianamente, em torno da mutabilidade dos contratos de concessão. Dada a natureza do tema, o qual tem uma prática consolidada e discussões jurídicas avançadas, compreendeu-se que seria bastante útil conectar aos fundamentos teóricos as controvérsias apresentadas na realidade dos gestores públicos e das sociedades empresariais privadas.

### 1.3 Plano de Investigação

A tese está estruturada em quatro capítulos, além da presente Introdução e das reflexões finais, compendiadas no capítulo da Conclusão. Passa-se a descrever os temas e o encadeamento das ideias que se pretende apresentar.

O Capítulo 2 tem por objetivo descrever as características dos contratos de concessão com base em uma visão contemporânea alinhada aos atuais parâmetros do Direito Administrativo e às práticas desses contratos. Não obstante as várias abordagens que poderiam ser cogitadas, quando se examinam os contratos de concessão em uma acepção mais genérica, optou-se por destacar as particularidades que mais se relacionam com a temática da mutabilidade.

Assim, serão explorados nesse capítulo seis enfoques dos contratos de concessão, estruturados contemporaneamente, que parecem indispensáveis para a compreensão das complexas questões apresentadas segundo os desafios impostos pela mutabilidade no século XXI. São essas as características próprias dos contratos de concessão que guardam uma intensa conexão com a temática da mutabilidade: a) a dimensão regulatória; b) a alocação dos riscos; c) a regulação de resultados; d) a construção dialógica; e) a concepção multilateral; f) o seu enquadramento como contrato incompleto e relacional, apoiado no contributo da Análise Econômica do Direito.

Supõe-se oportuno reposicionar a mutabilidade, aqui considerada numa acepção genérica, a partir de uma metodologia racional e sistemática que compreenda a regulação no contrato como um mecanismo fundamental de operacionalização das mudanças por vir, coexistindo com a incompletude contratual e com a necessária integração *ex post* de suas lacunas.

Noutros termos, assume-se, desde já, a ideia central de que a regulação por meio do contrato pode ser decisiva para lidar com as mutações futuras, conferindo maior segurança jurídica na sua gestão e governação. Por isso, há uma evidente zona evolutiva na regulação da mutabilidade e na estruturação dos contratos de concessão.

Com um importante aporte da Análise Econômica do Direito, pretende-se afirmar que os contratos de concessão apresentam elementos de incompletude e, conseqüentemente, devem ser dúcteis e flexíveis para se adaptarem às inexoráveis modificações inerentes à sua própria essência. Tudo isso confere uma nova e abrangente perspectiva da mutabilidade que requer, necessariamente, o manejo de estruturas contratuais-regulatórias capazes de absorver a complexidade intrínseca desses arranjos na atual quadra do século XXI.

Ainda no Capítulo 2, será dada uma especial atenção aos setores duplamente regulados, por contrato e por Agência. Interessa aprofundar, portanto, como essas duas estratégias regulatórias convivem, e quais os mecanismos e instrumentos que podem ser utilizados para reagir e conformar racionalmente a mutabilidade nos contratos de concessão.

No Brasil, por exemplo, vários setores econômicos relevantes se sujeitam ao sistema da dupla regulação<sup>11</sup> (por contrato e por Agência), a justificar que esse recorte oriente a elaboração do presente estudo. A teorização e a sistematização do tema

---

<sup>11</sup> Na expressão de GONÇALVES, Pedro. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 140.

apresentam uma indiscutível importância prática no cotidiano do Direito Administrativo Contratual e Regulatório.

Optou-se, deliberadamente, em descrever o cenário contratual contemporâneo antes de adentrar na investigação das causas da mutabilidade. Compreendeu-se como um antecedente lógico necessário, a assimilação das idiossincrasias - na estruturação e regulação dos contratos de concessão - e como elas se conectam com as mutações.

O Capítulo 3 passa a investigar as causas tradicionais da mutabilidade na forma conhecida pela doutrina do Direito Administrativo. Assim, serão examinadas as seguintes categorias de mutações: a) a alteração unilateral do contrato (*ius variandi*); b) a teoria da imprevisão; c) o fato do príncipe; d) o fato da administração; e) o caso fortuito e a força maior; f) as sujeições imprevistas; g) as alterações bilaterais. Afinal, todas essas causas de modificação lidam com a necessidade de adequação do contrato a uma nova realidade fática ou jurídica.

Desse modo, fez-se necessário percorrer as características conceituais de cada um dos referidos institutos, porquanto sem esse figurino não seria possível estabelecer os contornos mínimos da mutabilidade na sua acepção genérica, o que poderia prejudicar os objetivos primários deste trabalho.

A proposta é descrever as marcas conceituais de cada uma das referidas causas modificativas dos contratos de concessão - sem a pretensão de exauri-las -, mas as conectando com as características descritas no Capítulo 2. Logo, procurar-se-á demonstrar que essas categorias de modificação dos contratos de concessão - conquanto ainda úteis e ínsitas a própria compreensão da mutabilidade - devem ser reposicionadas a partir da moderna dogmática que orienta a estruturação destes ajustes.

Modernamente, todas essas categorias estão umbilicalmente ligadas ao estudo dos riscos nos contratos de concessão, devendo ser identificáveis em uma partilha própria que seja objeto de uma adequada regulação contratual.

O Capítulo 4 tem o propósito específico de examinar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, visto que ele se apresenta como uma decorrência natural e inerente à mutabilidade. Um estudo que pretende investigar a mutabilidade não pode ser indiferente ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, pois eles são temas quase que indissociáveis.

Buscou-se empreender uma análise da complexa temática do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão baseada nas premissas assentadas nos capítulos anteriores, mas sem perder de vista a sua íntima e direta conexão com a

mutabilidade. Portanto, o capítulo aborda, fundamentalmente, os aspectos conceituais do equilíbrio econômico-financeiro, seus desequilíbrios e seus mecanismos de reequilíbrio.

O Capítulo 5 examina um outro aspecto fundamental no estudo da mutabilidade: os limites materiais que a conformam e que a impedem de se degenerar ou se transformar em patologia jurídica. Consequentemente, os princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto são analisados a partir desta ótica.

Ainda neste capítulo e, precipuamente, tomando como eixo central o princípio da concorrência, examina-se a sistemática de modificação dos contratos no Direito Europeu, nomeadamente a Diretiva 2014/23/EU, a qual se ocupa da adjudicação dos contratos de concessão. Constatou-se, então, que o Direito Europeu avançou na regulação substantiva da modificação dos contratos, alçando a mutabilidade à centralidade que deve ocupar o estudo dos contratos de concessão na linha sustentada nesta tese. A parte final do Capítulo 5 é dedicada a analisar a disciplina normativa dos limites materiais da mutabilidade no Brasil.

O Capítulo 6 condensa as reflexões finais mais relevantes que puderam ser extraídas das pesquisas e do desenvolvimento deste trabalho, sem qualquer pretensão de ter esgotado um vasto e complexo tema, mas tão somente com o intuito de agregar uma perspectiva contemporânea no estudo da mutabilidade.

Os contratos, de um modo geral - e com muito mais frequência aqueles de longa duração -, não são arranjos que permanecem intocáveis em uma redoma impenetrável e indiferente ao mundo exterior. Por se protraírem no tempo, eles estão intensamente sujeitos à incidência de eventos e fatos que escapam completamente do controle e da própria vontade das partes. Desse modo, não é possível blindar os contratos - e muito menos os contratos de concessão - contra os acontecimentos externos.

Por isso que a assimilação de que os contratos de concessão são mutáveis por natureza, consiste em um desafio a ser enfrentado através das lentes atuais do Direito Administrativo. As premissas que orientam a presente investigação partem do reconhecimento da inexorabilidade das mudanças nas relações contratuais e concessionais duradouras.

No contexto de apresentação e introdução do tema, cabe ainda um importante esclarecimento: a construção de algumas ideias, aqui expostas, decorreu de uma evolução no pensamento do subscritor desta tese, que foram, inclusive, assentadas em outros textos

publicados<sup>12</sup>. A partir do ingresso no doutoramento, a escolha dos temas para a publicação em periódicos, na medida do possível, sempre se relacionou com a mutabilidade, o que permitiu que as reflexões ora apresentadas fossem sendo aprofundadas, amadurecidas e sistematizadas.

---

<sup>12</sup> GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014; GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro. (Orgs.). 20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. GARCIA, Flávio Amaral. Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Direito Administrativo na Atualidade. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 760-784. GARCIA, Flávio Amaral. As Parcerias Público-Privadas: prazo e prorrogação. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 69, p. 134-159, jul./2014 a jun./2015. Todos estes artigos foram consolidados no recente livro: GARCIA, Flávio Amaral. Concessão, PPP e Regulação. São Paulo: Malheiros, 2019. A matéria foi, igualmente, objeto de reflexão nos seguintes livros: GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, e GARCIA, Flávio Amaral. Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

## **CAPÍTULO 2 - A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E O SEU IMPACTO NA MUTABILIDADE**

Para os fins do presente estudo, é indispensável examinar as principais características hodiernas que conformam a estrutura e a modelagem do contrato de concessão e se conectam diretamente com a temática da mutabilidade.

A lente da mutabilidade incide em uma estrutura totalmente distinta das conhecidas concessões oitocentistas. Os contratos de concessão contemporâneos apresentam características e peculiaridades que produzem, dentre tantas outras consequências no universo do Direito Administrativo, um impacto direto no modo e na forma de enxergar a mutabilidade.

Desse modo, esses contratos exigem constante atenção acerca da mutabilidade, com a previsão de mecanismos assecuratórios capazes de se adaptarem às vicissitudes que porventura aconteçam durante a execução, de acordo com os parâmetros e a moldura própria do Direito Público.

A mutabilidade integra a essência dos contratos de concessão e deve ocupar um papel de centralidade na sua regulação, como se pretende demonstrar ao longo desta tese. Por isso, é relevante compreender como a mutabilidade se insere nos contratos de concessão e na forma como eles são atualmente estruturados.

### **2.1 A evolução histórica dos contratos de concessão**

Examinar os contratos de concessão contemporâneos requer, ainda que de forma bastante sucinta e estritamente conectada aos objetivos deste trabalho, expor alguns traços evolutivos dos contratos de concessão.

Esses contratos - nomeadamente aqueles cujo objeto era a prestação de um serviço público – passaram por vários ciclos no Brasil, com maior ou menor intensidade na sua utilização. Essa marcha, nem sempre linear, pode ser atribuída não só a questões ideológicas (com a compreensão de maior ou menor preponderância do Estado na execução das tarefas públicas), mas também aos aspectos fiscais que, não raro, empurram os entes públicos a contar com investimentos privados para alavancar serviços e infraestruturas públicas.

A técnica concessionária foi bastante utilizada no Brasil na parte final do século XIX até os primeiros anos do século XX<sup>13</sup>. Era um período caracterizado pela escassez de recursos públicos e pela alta demanda por construções de infraestruturas e serviços públicos, tais como estradas de ferro, iluminação pública, fornecimento de água e esgotamento sanitário, entre tantos outros.

Apresentava-se, portanto, o cenário ideal para convocar os particulares a investir em infraestruturas e serviços públicos por meio de contratos de concessão, naturalmente dotados de prazos alongados para a viabilização da amortização dos investimentos<sup>14</sup>. Assim, a ausência de uma legislação consistente<sup>15</sup>, ou mesmo de definições mais concretas da jurisprudência, centrava nos contratos de concessão a estipulação dos direitos e deveres das partes.

Para os fins específicos da investigação da mutabilidade, é importante anotar que essa era uma época marcada por regulamentos e por contratos que procuravam predeterminar as ocorrências, já que os tempos eram de elevada estabilidade<sup>16</sup>, em especial, se comparado com os dias atuais. Havia um certo grau de previsibilidade, com as mudanças políticas e econômicas operadas de modo lento e bastante gradual.

Mesmo em contextos com essas características, buscava-se criar condições seguras para o aporte de recursos privados pelos empresários, atribuindo ao contratado a exclusividade na exploração do negócio e um conjunto sólido de garantias e de salvaguardas econômicas redutoras de maiores riscos<sup>17</sup>.

Sob os auspícios e a influência das decisões do Conselho de Estado francês, iniciou-se também a concepção, no Brasil, de que esses contratos podiam ser unilateralmente alterados para bem prover o interesse público, assegurando, em

---

<sup>13</sup> Sobre a evolução histórica das concessões no Brasil e no mundo ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 36-112.

<sup>14</sup> Para um aprofundamento dos aspectos históricos ver TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. In: TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 722.

<sup>15</sup> A primeira legislação sobre o tema foi editada em 1852 com o advento da Lei n° 631, de 26.06.1852, autorizando o Governo Federal a celebrar o contrato de concessão para a construção e exploração de ferrovia que atravessava os estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro.

<sup>16</sup> Arnoldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre M. Wald relatam que os riscos de oscilações de mercado, mesmo das taxas de juros, não eram elevados e que as relações contratuais eram marcadas pela “[...] determinação, certeza e intangibilidade das prestações de ambas as partes.” (WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel; WALD, Alexandre de M. O Direito de parceria e a nova lei geral de concessões comuns: análise das Leis n° 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 37).

<sup>17</sup> Cf. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Freitas Bastos, 1967. p. 315.

contrapartida, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro<sup>18</sup>, como será aprofundado nos capítulos subsequentes.

Entretanto, após essa fase de intensa utilização, deu-se um ciclo de esvaziamento do contrato de concessão. Isto foi causado, fundamentalmente, pelo impacto das Guerras Mundiais e pelo movimento estatizante que levou o Brasil a criar empresas estatais nos mais variados setores da economia, ocupando o lugar que, outrora, era reservado às sociedades empresárias por meio da técnica de delegação do contrato de concessão. Também, à época, não estavam as sociedades empresárias capitalizadas para promover investimentos em contratos dessa natureza, o que explica, sob a ótica econômica, o declínio das concessões<sup>19</sup>.

Assim, a partir da década de 30, a intervenção estatal se fez presente em vários campos das atividades econômicas e na prestação dos serviços públicos, com a criação de sociedades de economia mista e empresas públicas integrantes da Administração Pública Indireta, agigantando a máquina estatal<sup>20</sup>. Claro que num ambiente marcado pela presença forte do Estado, em vários setores da economia, a delegação aos particulares pela via do contrato de concessão foi perdendo espaço e se esvaziando.

O pêndulo voltaria a se movimentar a partir da década de 1980. A ausência de recursos públicos, aliada a uma percepção generalizada da perda de eficiência do Estado na execução de suas tarefas, fez retomar, com intensidade, a discussão sobre a redução da participação estatal na economia e a imperiosa necessidade fiscal de contar com os recursos privados para a alavancagem de infraestruturas e serviços públicos.

No entanto, foi a partir da década de 90 que o movimento de desestatização se solidificou, seja por razões fiscais, seja por um ideário mais liberal, cujo marco legal mais expressivo foi a aprovação do Programa Nacional de Desestatização (PND). Este foi instituído pela Lei n° 8.031/90 - posteriormente revogada pela Lei n° 9.491/97 -, que

---

<sup>18</sup> Cf. TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In: TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 239.

<sup>19</sup> Conforme explica Floriano de Azevedo Marques Neto: “O período do pós-segunda guerra mundial assistiu a uma redução do recurso dos Estados ao instituto da concessão como meio de viabilizar a realização e a oferta de utilidades públicas. Em grande medida, nesse período, a concessão foi substituída pela multiplicação de entes privados da Administração Pública encarregados, por mecanismos de descentralização, de organizar e prestar serviços públicos. Mas isso não fez desaparecer a concessão como um instrumento fundamental de engajamento dos privados na consecução de finalidades públicas a cargo da Administração. Esse processo ocorreu por uma série de fatores, a começar pela debilidade dos atores privados, combatidos principalmente pelo destroço das economias mundiais pelos anos de guerra.”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 63).

<sup>20</sup> Durante esse período, várias empresas estatais foram criadas, podendo-se mencionar como exemplos a Companhia Vale do Rio Doce, a Petróleo Brasileiro S.A (Petrobrás), as Centrais Elétricas Brasileiras S.A (Eletrobrás), a Siderbrás, a Portobrás, a Telebrás, entre tantas outras.



manteve, entretanto, os objetivos fundamentais dessa retomada do pêndulo a favor da maior participação privada nos negócios públicos.

É nesse contexto que os contratos de concessão retomaram o seu papel de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, que se consolidou, de forma definitiva, com o advento da Lei nº 8.987/95, a qual instituiu um regime jurídico de concessões e permissões de serviços públicos para a União, os Estados, o Município e o Distrito Federal, fixando normas gerais sobre a matéria<sup>21</sup>.

Esse breve recorte histórico da evolução das concessões no Brasil não difere, a rigor, do que ocorreu na Europa. Até porque, como se demonstrará nos capítulos subsequentes, o Direito Administrativo brasileiro teve como inspiração máxima o Direito Administrativo francês, o que explica, em certa medida, a coincidência do itinerário histórico.

Assim, também no século XIX, as concessões ganharam um enorme impulso na França<sup>22</sup> e em outros países da Europa Continental, designada como a “época de ouro das grandes concessões”<sup>23</sup>. O franco declínio na utilização das concessões se avizinhou no período pós-guerra, quando se afirmou um Estado Social de cunho mais intervencionista.

No início dos anos 80, retomou-se novamente um processo de liberalização e de desestatização das economias na Europa. Em outras palavras, abandona o Estado a satisfação direta de determinadas tarefas públicas e de uma responsabilidade administrativa máxima<sup>24</sup>, assumindo funções mais afetas à regulação, ao controle e à fiscalização e menos voltadas à execução e gestão direta das atividades<sup>25</sup>. A liberalização

---

<sup>21</sup> Assim, apesar das concessões apresentarem status constitucional desde a Constituição de 1934, apenas com o advento da Lei nº 8.987/95 se construiu um regime jurídico com natureza de norma geral e não mais apoiado em legislações esparsas como o Código de Águas, instituído pelo Decreto nº 24.643 de 10.07.34, o Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei nº 4.117 de 27.08.62, ou mesmo o Código Brasileiro de Aeronáutica, instituído pela Lei nº 4.117 de 27.08.86.

<sup>22</sup> Como lembra BEZANÇON, Xavier. *Essai sur les contrats de travaux et services publics*. Paris: LGDJ, 1999. p. 104.

<sup>23</sup> Pedro Gonçalves contextualiza esse momento histórico: “Mas, a expansão da utilização da concessão verifica-se sobretudo a partir do último quartel do século XIX, com o desenvolvimento da então designada atividade social ou de serviço público do Estado (que a doutrina distinguia da atividade jurídica ou de função pública). Neste contexto, a concessão passava a representar um fenômeno de substituição do Estado por particulares no desempenho das tarefas de serviço público, sendo essencialmente aplicada na nova administração de infra-estrutura (construção de caminhos de ferro, de redes de abastecimento de água de iluminação pública e de comunicações) e na exploração dos serviços prestados com base nesse infra-estrutura (prestação de serviços públicos ferroviários, de abastecimento de água, de iluminação pública, telégrafos e telefones): nascia a concessão (de obras) e de serviços públicos e iniciava-se a época dourada das concessões.” (GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 47-48).

<sup>24</sup> Expressão referida por GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 8.

<sup>25</sup> Pedro Gonçalves alude que as instituições comunitárias determinaram o reposicionamento dos Estados membros nas respectivas economias nacionais, constringendo-os a liberalizar e a privatizar alguns dos mais

das atividades é centrada também no incremento da efetiva concorrência entre os diversos operadores econômicos<sup>26</sup>, sendo assentada na premissa de que quanto maior a competição, maior a eficiência e os benefícios para consumidores e usuários.

Esse cenário fez a técnica concessionária retomar o seu papel de centralidade para atração de investimentos privados, mas agora em um panorama bastante distinto em relação àquelas concessões oitocentistas<sup>27</sup>.

Aquelas concessões refletiam o Direito Administrativo da época, com algumas características que as distinguiam dos contratos de concessão contemporâneos: a) eram definidas, estruturadas e modeladas unilateralmente pelo ente público, sem maiores espaços dialógicos para interações com o setor privado; b) como consequência dessa visão unilateral do contrato, as obrigações eram rigidamente definidas nele, sem maiores espaços de flexibilização ou adequação; c) o contrato não era concebido como uma estratégia regulatória; d) os cenários eram de maior previsibilidade, e as mutações econômicas, políticas, financeiras e, principalmente, tecnológicas eram operadas com uma velocidade bem menor do que os tempos atuais; e) a engenharia financeira dos contratos era mais singela; f) a relação jurídica era essencialmente bilateral, ou seja, constituída apenas entre o contraente público e o cocontratante; g) predominava a teoria doutrinária das áleas, e o estudo dos riscos não havia, ainda, evoluído para ocupar o papel de centralidade na estruturação dos contratos de concessão; h) as causas tradicionais de mutabilidade, oriundas do Direito Administrativo francês, eram suficientes para explicar e operacionalizar as modificações nos contratos administrativos.

Pretende-se, no presente capítulo, investigar como essas premissas conceituais, que orientavam os antigos contratos de concessão, foram profundamente alteradas e, precipuamente, qual é o impacto desta nova conformação no estudo da mutabilidade.

---

tradicionais serviços públicos. O autor pondera que todo esse processo de liberalização das indústrias de rede, direito de acesso, regulação por instâncias administrativas especiais, sujeição das empresas a obrigações de serviços públicos ou serviço universal é inspirado no modelo americano das *public utilities*, que, nos Estados Unidos, sempre funcionou segundo os postulados liberais e é executado por agentes privados. GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos. Coimbra: Almedina, 1999. p. 14 e 18.

<sup>26</sup> Como anota MAÇÃS, Fernanda. A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). Estudos de Contratação Pública, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 373.

<sup>27</sup> Aduzindo a um Estado Regulador e mesmo a uma Europa Reguladora, Maria João Estorninho adverte que as concessões do final do século XX apresentam feições inteiramente distintas daquelas do século XIX. ESTORNINHO, Maria João. Concessão de Serviços Públicos – que futuro? In: LÓPES-MUÑIZ, José Luís Martínez; QUADROS, Fausto de (Coord.). IV Colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo – Direito e Justiça. Lisboa: Católica, 2005. p. 21-23.

## 2.2 Os contratos de concessão contemporâneos: a sua nova configuração e relação direta com a mutabilidade

Como antes referido, a concepção clássica do contrato de concessão foi se alterando bastante a partir do final do século XX. Sem pretender esgotar o histórico desse processo evolutivo, não se pode ignorar a enorme influência que as *Private Finance Initiatives* (PFI), oriundas da Grã-Bretanha, exerceram na modelagem e concepção dos contratos estruturantes de relevantes interesses públicos, nomeadamente nas parcerias público-privadas<sup>28</sup>.

O fenómeno impactou a Comunidade Europeia<sup>29</sup> e alcançou também o Direito brasileiro com a edição da Lei nº 11.079/04, que instituiu as parcerias público-privadas sob o signo do contrato de concessão.

Motivadas por uma nova abordagem proveniente das parcerias público-privadas, as próprias concessões se reconfiguraram. Maria Eduarda Azevedo (2009) anota a existência de uma nova geração de concessões, que apresentam, atualmente, outro figurino. Alerta a autora que “[...] a concessão renascida, nas modalidades de obra ou de serviço público, é compaginável com uma boa parte da geometria variável dos esquemas PPP”<sup>30</sup>.

Assim, a estruturação dos contratos de concessão contemporâneos apresenta: a) engenharia econômica e financeira bastante complexa; b) o enfoque desses negócios se transmuda de bilateral para multilateral; c) a participação dos operadores econômicos é ativa na própria concepção e modelagem do negócio, tornando-os menos herméticos e unilaterais; d) a alocação de riscos se configura como um elemento central para contratos desta natureza, em especial no que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro; e) o foco no resultado muda completamente a forma como se estrutura o negócio; f) o progresso tecnológico impõe novas formas de executar os serviços públicos e as atividades, apontando na direção de uma indispensável associação com os operadores econômicos

---

<sup>28</sup> Reitera-se o ponto de que não é objetivo desta tese investigar um tipo contratual específico, mas a mutabilidade em contratos duradouros, nomeadamente aqueles que estruturam serviços e infraestruturas públicas. Seguro afirmar, entretanto, que as parcerias público-privadas decorreram, em certa medida, das próprias concessões de serviços públicos, a demandar uma inevitável associação entre os contratos. Neste sentido ver OLIVEIRA, Fernão Justen de. Parceria Público-Privada: aspectos de direito público econômico. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 81-83.

<sup>29</sup> A relação entre as parcerias público-privadas e as concessões está bem descrita In: COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Green paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions, 2004. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004\\_0327en01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0327en01.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 19.

<sup>30</sup> AZEVEDO, Maria Eduarda. As Parcerias Público-Privadas: instrumento de uma Nova Governação Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 526-527.

não apenas pelas restrições orçamentárias, mas também pela *expertise* técnica própria do setor privado; g) a velocidade das mutações é substancialmente distinta daquela que pairava à época das concessões oitocentistas, quando a mutabilidade estava atrelada quase que integralmente ao poder estatal de alteração unilateral do contrato; h) o contrato de concessão ostenta uma dimensão regulatória e multidisciplinar, em especial, com o contributo da Análise Econômica do Direito.

Todos esses aspectos serão examinados no presente capítulo, sendo que eles constituem uma linha de corte indispensável na geometria dos contratos de concessão contemporâneos quando tratam da mutabilidade.

O que se pretende demonstrar é que as novas configurações desses contratos modificaram a própria compreensão da mutabilidade. Assim, olhar a complexa temática da mutabilidade pela lente do contrato de concessão do século passado não é mais suficiente.

Portanto, é preciso compreender como esse novo enquadramento impacta a mutabilidade dos contratos de concessão, o que se fará na sequência.

### 2.2.1 A dimensão regulatória dos contratos de concessão

Em uma visão ampla, a regulação corresponde a uma espécie de intervenção estatal que visa a orientar o comportamento dos agentes econômicos para resultados que possam beneficiar toda a coletividade<sup>31</sup>. A regulação pode assumir diferentes formas, métodos, critérios e estratégias.

Nesse contexto, a intervenção regulatória em determinados setores pode ser instrumentalizada pela via contratual<sup>32</sup>. Tal ação ocorre quando o contrato assume o principal espaço jurídico conformador de decisões e escolhas regulatórias, que serão determinantes para conceber e formatar aspectos essenciais na prestação do serviço ou gestão da infraestrutura.

Inferir que o contrato é um mecanismo de regulação não é, propriamente, nenhuma novidade. O objetivo primário de qualquer contrato, público ou privado, é o de

---

<sup>31</sup> Veja definição de Vital Moreira: “Estas duas ideias bastam para construir um conceito operacional de regulação econômica: o estabelecimento de e a implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos” (MOREIRA, Vital. Auto-Regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997. p. 34).

<sup>32</sup> Como já se teve a oportunidade de aduzir: “A modelagem do contrato de concessão também se enquadra como importante técnica de regulação, em especial quando a atividade regulada se caracteriza por ser um serviço público”. (GARCIA, Flávio Amaral. Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 79).

regular as relações humanas - sejam sociais ou econômicas -, harmonizando o acordo de vontades das partes por meio da disciplina jurídica dos recíprocos direitos e obrigações.

A título comparativo, nos contratos administrativos de menor prazo e que resultam na entrega de uma obra ou de um bem, ou mesmo na prestação de um serviço instrumental, a dimensão regulatória ocupa um espaço mais tímido, que visa, como de resto nos demais contratos, disciplinar juridicamente o compartilhamento de direitos e obrigações. A regulação contratual opera, como regra, em efeitos restritos às partes, com objetivos e pretensões de conformar relações jurídicas com particulares que acedam interesse em prover o setor público dos bens e serviços necessários ao atendimento das mais distintas e variadas finalidades.

Perceber a abrupta diferença da dimensão regulatória entre esses contratos e os contratos de concessão é quase que intuitivo. A variação do grau de intensidade regulatória varia, fundamentalmente, em razão da natureza e das finalidades intrínsecas dos objetos nos contratos de concessão, em especial, quando afeta a prestação de serviços públicos, que guardam uma conexão mais intensa com o atendimento de interesses públicos primários e com a concretização de direitos fundamentais<sup>33</sup>.

Decorre, também, da própria essência das estruturas concessionais contratualizadas, que predicam relações jurídicas essencialmente duradouras e colaborativas, com seus efeitos sendo continuados e prolongados no tempo<sup>34</sup>.

Hodiernamente, os contratos de concessão assumiram um inegável e exponencial aumento da intensidade regulatória, resultante de um conjunto de decisões políticas, econômicas, financeiras, sociais, técnicas e jurídicas que expressa o núcleo essencial da regulação administrativa.

Colabora, para essa maior intensidade de carga regulatória nos contratos de concessão, o impacto que o advento do Estado Regulador provocou no Estado Contratante, configurando pontos de interseção e convergência<sup>35</sup>, além de uma saudável

---

<sup>33</sup> Cf Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 689.

<sup>34</sup> Pedro Gonçalves esclarece que em razão das concessões promoverem uma substituição da Administração pelo cocontratante por um longo período de tempo, a doutrina tende a qualificá-los como contratos organizacionais, com a função de troca sendo ultrapassada por uma função de cooperação (*from exchange to cooperation*). (GONÇAVES, Pedro Costa. Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2016. p. 498).

<sup>35</sup> Modernamente, vários países têm discutido sobre a criação de estruturas institucionalizadas para regular e supervisionar as entidades públicas em matéria de contratação pública. Para o aprofundamento do tema e das experiências no Direito Comparado, ver: SILVA, Fernando Oliveira. A Regulação dos Contratos Públicos. Modelo para uma Autoridade Reguladora. Coimbra: Almedina, 2016. Sobre o tema já se teve a oportunidade de aduzir que, no Brasil, o Tribunal de Contas da União vem funcionando com uma evidente função reguladora no campo da contratação pública. (GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 462/463)

retroalimentação entre novas formas de agir e de se relacionar com o administrado, seja no campo da regulação, seja no da contratação pública.

Não seria equívocado assentar que o Direito Regulatório contribuiu sobremaneira para as transformações ocorridas no Direito Administrativo contemporâneo, inaugurando novos métodos de atuação administrativa que se expandiram para outras categorias e institutos jurídicos<sup>36</sup>. A repercussão foi profunda na regulação administrativa por contrato, que não restou imunizada às novas técnicas, às estratégias e aos métodos regulatórios, como se verá adiante, nos itens subsequentes.

Pedro Gonçalves (2013), ao investigar os diversos campos de interseção de regulação e contrato nas suas mais variadas dimensões, concebe o contrato regulatório (*regulatory contracts ou regulation by contract*)<sup>37</sup> “como instrumento de implementação das normas e regras que disciplinam um determinado mercado”, revelando-se o contrato como uma “técnica adaptada à função de regulação”<sup>38</sup>.

Os contratos regulatórios refletem escolhas que definem e cristalizam políticas públicas, em longo prazo, de setores vitais da economia e essenciais para a consecução do interesse público, legitimando estratégias de políticas duradouras em determinados setores que explicam a origem da ideia de “governar por contrato”<sup>39</sup>. Tal concepção vem substituindo, progressivamente, os “esquemas clássicos de acção administrativa baseados

---

<sup>36</sup> Carlos Ari Sunfeld explica que: “A figura da regulação é necessária à teoria do direito administrativo brasileiro contemporâneo, que sem ela carece de categorias suficientes e adequadas para bem compreender e organizar a operacionalização do direito positivo. O instrumental teórico consagrado - formado pela visão clássica de conceitos contrapostos, como os de serviço público x atividade privada, poder concedente x poder de polícia e outros relacionados - além de incapaz de servir à compreensão dos problemas e soluções jurídicas ligadas à intervenção do Estado na economia, está em franco desacordo com o ordenamento atual. O uso da figura da regulação é o caminho para superar essa deficiência e gerar reflexão nova.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e Regulação no Brasil*. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil. Uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 126)

<sup>37</sup> GONÇALVES, Pedro. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra, 2013. p.128. Sobre o tema, ver, entre outros: COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 1999; VINCENT-JONES, Peter. *The regulation of contractualisation in quase-markets for public services*. Oxford: Public Law, 1999.

<sup>38</sup> Para um aprofundamento do tema ver GONÇALVES, Pedro. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra, 2013. p.140); COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 1999; VINCENT-JONES, Peter. *The regulation of contractualisation in quase-markets for public services*. Oxford: Public Law, 1999; GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

<sup>39</sup> Sobre o tema, ver GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par Contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de SciencesPo, 1999. Acentuando a contratualização da ação administrativa, ver CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-modern*. 3. ed. Paris: LGDJ., 2008 ; RICHER, Laurent. *La Contractualisation comme Technique de Gestion des Affaires Publiques*. In: GONOD, Pascale (org.). *L'Actualité Juridique - Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 2003; GONÇALVES, Pedro. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra, 2013; MELO, Antônio Moreira Barbosa. *A ideia de contrato no centro do universo jurídico-político*. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de Contratação Pública - I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 08-21.

na contraposição entre autoridade e liberdade”<sup>40</sup>, por uma “governabilidade cooperativa”<sup>41</sup>.

Com isso, pretende-se demonstrar que esse compromisso regulatório<sup>42</sup> (*regulatory commitment*), estabilizado a partir do vínculo contratual, representa uma parcela significativa da função regulatória estatal, simbolizando uma dimensão contemporânea e que expressa nova realidade na sua compreensão.

Pode-se afirmar que um dos mais complexos desafios da regulação por contrato é ponderar e articular racionalmente os valores da estabilidade e da mudança. A regulação tem por objetivo permanente uma estabilidade do sistema. Mas os fatos se sobrepujam e se alteram constantemente.

Um olhar reflexivo e contemporâneo sobre essa problemática permite compreender que a noção da estabilidade pressupõe o reconhecimento da inevitabilidade da mudança. A estabilidade deve ser concebida não no seu aspecto puramente formal, mas considerando as distintas dimensões que conectam a realidade jurídica com o substrato fático, que é, como consabido, mutável por natureza.

À primeira vista, parece contraditória a assertiva, porquanto a estabilidade e a mudança são conceitos que se opõem logicamente. Todavia, quando, na regulação por contrato, a mudança é reconhecida a partir da sua inevitabilidade e, portanto, dimensionada e captada como uma faceta da própria estabilidade, muda-se o enfoque de uma estabilidade estática para uma estabilidade dinâmica que melhor reflita o estado da arte dos contratos públicos que recorrem à técnica concessional<sup>43</sup>. Nas palavras de Anne-

---

<sup>40</sup> Conforme aponta ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p.345.

<sup>41</sup> A expressão é de Jacques Chevallier ao anotar que: “A economia constitui, há muito tempo, o lugar privilegiado de aplicação das técnicas contratuais: com efeito, o Estado se viu coagido a compor com os poderes econômicos privados, esforçando-se para obter sua colaboração para a realização de objetivos de política econômica. A contratualização permite que essas relações se normalizem, identificando os compromissos de cada um. Assim, os instrumentos contratuais foram progressivamente substituindo as técnicas regulamentadoras clássicas, manifestando a passagem para uma governabilidade cooperativa.” (CHEVALLIER, Jacques. *A governança e o Direito*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 3, n. 12, p. 129 - 146, out./dez.2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 23 out. 2017).

<sup>42</sup> A expressão é utilizada por FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. *Regulação de Indústrias de Rede: entre flexibilidade e estabilidade*. *Revista de Economia Política*, v. 27, n. 2, p. 261 - 280, abr./jun. 2007.

<sup>43</sup> Egon Bockmann Moreira pondera: “Melhor: é justamente porque reverenciamos os contratos que devemos também respeitar as suas mutações, sobretudo aquelas objetivas, que decorrem dos fatos, da evolução tecnológica, das novas demandas de mercado - e não apenas das vontades unilaterais dos contratantes. Isso com lastro na constatação óbvia de que não se pode prever o futuro - isso é atividade de cartomantes, não de reguladores nem de contratos administrativos.” (MOREIRA, Egon Bockmann. *As mutações contratuais nas telecomunicações: concessões que se transformam em autorizações*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colonistas/egon-bockmann-moreira/as-mutacoes-contratuais-nas-telecomunicacoes-concessoes-que-se-transformam-em-autorizacoes-18g70d2z0f062dx7g87qnmddac>>. Acesso em: 24 out.2017).

Sophie Lavefve Laborderie (2005)<sup>44</sup>, quando examina contratos de longa duração, a estabilidade não deve e não pode ser confundida com imobilismo.

Egon Bockmann Moreira (2017)<sup>45</sup> sustenta que o que o Direito faz é um cerzido entre os tempos da tecnologia, dos consumidores, do mercado, do investidor, do regulador público, do legislador e do Judiciário, afirmando que é exatamente por meio dessa integração que as coisas mudam e, ao mesmo tempo, permanecem estáveis. Na sua acepção, os contratos são perenes, mas não imutáveis e essa integração que busca harmonizar tempos incompatíveis pode ser denominada de segurança jurídica.

A tarefa de integração entre os diferentes tempos é complexa e demanda uma regulação técnica, organizada e, sobretudo, planejada. O êxito da regulação do contrato de concessão está diretamente ligado a um planejamento que se apresente com elevado grau de eficiência e amadurecimento das decisões tomadas; afinal, é o resultado de um conjunto de atos, procedimentos, decisões e escolhas que o antecede. Aqui, o tempo político não deve prevalecer.

Uma regulação adequada e eficiente do contrato concessional depende de uma preparação que conjugue distintas capacidades e *expertises*, visões multidisciplinares e, principalmente, articulação institucional entre os órgãos públicos que atuem nas questões regulatórias, ambientais, urbanísticas, patrimoniais, aduaneiras e tributárias<sup>46</sup>. A estruturação dos contratos de concessão demanda avaliações e estudos bastante complexos, com bastante ênfase na etapa de planejamento.

A atratividade do projeto concessional é determinante para despertar o interesse dos operadores econômicos. A perspectiva de rentabilidade do empreendimento é um elemento-chave para que os agentes econômicos optem por alocar recursos e empreender esforços em contratos com o setor público. Se o grau de atratividade do projeto concessional for baixo, é maior a probabilidade de os agentes econômicos investirem no próprio mercado financeiro, em especial, porque os contratos de concessão estão sujeitos a diversas variáveis, ao longo da vida útil do projeto, que podem impactar as expectativas que foram racionalmente formuladas à época da licitação.

---

<sup>44</sup> LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *La Pérennité Contractuelle*. Paris: LGDJ, 2005. p. 7

<sup>45</sup> Cf MOREIRA, Egon Bockmann. *As mutações contratuais nas telecomunicações: concessões que se transformam em autorizações*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/as-mutacoes-contratuais-nas-telecomunicacoes-concessoes-que-se-transformam-em-autorizacoes-18g70d2z0f062dx7g87qnmddac>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

<sup>46</sup> É inegável o avanço conquistado com a edição da Lei n.º 13.334, de 13.09.16, que instituiu o Programa de Parceria de Investimentos. A preocupação com o planejamento, coordenação e articulação institucional interna dos órgãos e entidades da Administração Pública se encontra destacada no artigo 17, que prevê uma atuação conjunta e prioritária dos órgãos e entidades nos processos e atos administrativos voltados a liberação dos empreendimentos



O ponto é importante e relaciona-se com a temática da mutabilidade. Em situações de estruturação deficiente do projeto concessional ou de baixo grau de atratividade na rentabilidade do empreendimento, aumenta-se a probabilidade de participação de *players* menos capacitados, mas que assumam o risco de explorar o negócio a partir de expectativas e brechas contratuais que permitam futuras renegociações, o que, evidentemente, desatende o interesse público.

A utilização do contrato como estratégia regulatória (*regulatory contracts* ou *regulation by contract*) guarda relação direta com a temática da mutabilidade. A conformação e a regulação da mutabilidade devem ser consideradas como aspectos centrais da estruturação dos contratos de concessão, como se pretende demonstrar adiante.

#### 2.2.1.1 A margem de autonomia da regulação do contrato de concessão

A regulação dos contratos de concessão opera com relevante margem de discricionariedade, eis que as normas gerais, setoriais e regulamentares que servem de fundamento normativo não são exauríveis. As valorações e ponderações que circunscrevem a regulação na situação concreta nem sempre são captáveis pelos atos normativos, porquanto dotados, naturalmente, de maior generalidade e abstração.

Constata-se, assim, a “margem de normatividade contratual”<sup>47</sup> como uma realidade imperativa na dogmática dos contratos de concessão contemporâneos. Aliás, esse é um dos aspectos centrais que se pretende destacar ao longo desta tese: o reconhecimento da existência de um amplo espaço conformador do qual são dotados os contratos de concessão para regular, substancialmente, aspectos fundamentais do negócio, sem depender de autorizações legislativas específicas. É o caso, como se demonstrará adiante, da mutabilidade que pode e deve ser objeto de uma regulação contratual mais detalhada, procedimentalizada e, conseqüentemente, mais eficiente.

---

<sup>47</sup>A expressão é de Floriano De Azevedo Marques Neto. A conferir: “E esse percurso foi fortemente marcado pelas especificidades de cada objeto concedível, o que parece demonstrar, de um lado, a dificuldade de se conceber um regime único aplicável a todas as modalidades e espécies de concessão, e, de outro, que cada concessão (ou seja, cada objeto concedido, mais do que cada modalidade concessionária) deve ter uma normatividade própria, aderente ao objeto concedido. Isso parece apontar para a necessidade de conferir maior margem de normatividade contratual (é dizer, regras que sejam estipuladas pelo poder concedente a cada pacto regulatório ensejador da concessão), evitando insistir na busca de uma normatividade geral e abstrata do texto legal”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 111).

Claro que quando se sustenta a existência de uma maior “margem de normatividade contratual”, tomando de empréstimo a expressão utilizada por Floriano De Azevedo Marques Neto (2015), não se está pretendendo promover qualquer tipo de menoscabo ao bloco de juridicidade que conforma e antecede o contrato de concessão<sup>48</sup>.

Indubitavelmente, essa maior discricionariedade na fixação das escolhas públicas, exercida pela via da *regulation by contract*, comunica-se e conecta-se aos marcos regulatórios<sup>49</sup> que, de modo prudente, devem anteceder à contratualização de qualquer atividade.

Ao revés, marcos regulatórios que antecedam a regulação por contrato são aconselháveis para a fixação de padrões e critérios que, sem retirar o espaço de conformação discricionária da estratégia contratual, confirmam coerência sistêmica a cada setor.

A inexistência de marcos regulatórios estáveis e estruturantes que explicitem as diretrizes básicas orientadoras de cada setor pode aumentar, indesejavelmente, a discricionariedade regulatória contratualizável, gerando soluções discrepantes para objetos regulados e

---

<sup>48</sup> Nas palavras de Paulo Otero: “Em qualquer destas situações existe um considerável domínio de autonomia de estipulação do conteúdo dos contratos da Administração Pública que, dentro dos limites da lei, se mostra passível de integrar o bloco da legalidade: a vinculação contratual da Administração Pública, permitindo alargar o espaço de construção da ordem jurídica pelas situações jurídicas que cria e pelas normas que emana, acaba por servir de padrão de conformidade da futura actuação administrativa unilateral.” (OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 525)

<sup>49</sup> Explicando a importância de marcos regulatórios na garantia da estabilidade dos serviços públicos, assim manifesta-se Alexandre Aragão: “Em um mundo onde as relações econômicas, sociais, políticas e até mesmo pessoais estão cada vez mais sujeitas a instabilidades e a mudanças imprevistas ou imprevisíveis, mister se faz, mormente nos serviços públicos, pelos altos investimentos que demandam e relevantes interesses públicos que envolvem, que sejam estabelecidos parâmetros normativos mínimos, em razão dos quais a instabilidade seja mitigada. Estes parâmetros normativos dotados de maior estabilidade, mas aptos a serem eventualmente adaptados/atualizados no futuro, constituem o que a doutrina do Direito Administrativo Econômico chama de marco regulatório. O marco regulatório propicia a estabilidade necessária para os investidores em serviços públicos, cujos contratos de delegação são celebrados por décadas, ainda que a total segurança jurídica seja impossível de ser alcançada no mundo contemporâneo e, menos ainda, em se tratando de atividades em relação às quais a Administração Pública possui *ius variandi* para adaptá-las constantemente à evolução dos interesses públicos. O marco regulatório não deve engessar a adaptação do serviço público à evolução político-social da sociedade, devendo deixar espaços em que os reguladores possam se mover para, em cada conjuntura, estabelecer as regras que melhor atendam ao interesse público, sempre respeitadas as garantias básicas dos delegatários e usuários. A combinação entre a segurança jurídica e a adaptabilidade às mudanças econômicas e sociais revela a manifestação nos serviços públicos da noção de *Sociedade de Confiança*, pela qual é a confiança nas instituições que propicia o desenvolvimento das nações. Visa, em uma palavra, a dar segurança jurídica às mudanças, em um fino equilíbrio entre a confiança dos investidores (sem a qual não investiriam) e as cambiantes necessidades da coletividade (sem cujo atendimento a delegação do serviço público perde o respaldo democrático).” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Marco Regulatório dos Serviços Públicos. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, Ano 6, n. 27, set./out. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=50327>>. Acesso em: 25 out. 2017).

dotados de ampla similitude<sup>50</sup>. A experimentação contratual regulatória pode ser excessivamente perigosa se não for estruturada a partir de critérios normativos e regulatórios mínimos que obedeçam a uma mesma racionalidade.

Portanto, não se está aqui a sustentar uma ampla e irrestrita autonomia dos contratos de concessão. Mas o que se pretende reconhecer como um fenômeno contemporâneo, decorrente da própria complexidade na modelagem dos contratos de concessão, é que, mesmo com as delimitações das leis, dos marcos regulatórios setoriais e dos próprios regulamentos, ainda, remanescerá uma expressiva margem de discricção regulatória do contrato de concessão.

Assim, contratos de concessão poderão assumir feições regulatórias completamente distintas, a depender do seu objeto e de outras variantes<sup>51</sup>. Isso ocorre porque a regulação contratual não pode estar descasada da racionalidade econômica do setor. Esse é o pressuposto de uma conformação jurídico-regulatória que atenda às finalidades públicas, com coerência e alinhamento às características e especificidades dos distintos segmentos econômicos.

A eficiência da relação pactuada depende de parâmetros ditados pelo direito contratual. O contrato de concessão é o instrumento pelo qual se torna possível e previsível a materialização da lógica econômica dos agentes de mercado, com a maximização dos benefícios e das utilidades para o interesse público.

---

<sup>50</sup> É o que vem acontecendo no setor de aeroportos no Brasil, que, sem um marco regulador setorial prévio, aumenta o risco para o operador econômico em razão de pressões políticas. Veja-se trecho da reportagem do Jornal O Globo, publicado no dia 21/10/17: “Além de desistir de licitar Congonhas, o governo cederá à pressão do PR e vai abrir o aeroporto da Pampulha, administrado pela Infraero, para operações com jatos, o que pode prejudicar a concorrência com Confins, concedido ao setor privado. Segundo estimativas oficiais, dois milhões de passageiros poderão ser retirados de Confins - que ainda busca se fortalecer nas rotas internacionais e em hub (centro de distribuição de voos)”. DOCA, Geralda; BECK, Martha. Pressionado por aliados, Temer adia privatizações. Jornal O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/pressionado-por-aliados-temer-adia-privatizacoes-21975858>. Acesso em: 22 out. 2017.

<sup>51</sup> O ponto é bem-abordado por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara: “Notadamente quando o contrato envolve setores regulados, é necessário compreender o funcionamento dos setores e conhecer suas normas particulares para, a partir de suas especificidades, estabelecer o regime jurídico aplicável. A conclusão é que, se algo os juristas e os práticos devem pressupor a respeito dos contratos públicos, certamente, não é a uniformidade de seu regime, quanto a qualquer aspecto. A pesquisa da realidade jurídica mostra justamente o contrário: que os diversos contratos públicos estão, em geral, submetidos a regime muito heterogêneos.” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013). Idêntica é a percepção de Fernando Herren Aguillar: “Outro argumento poderoso em favor da contratualização e que não pode ser desdenhado é o de que as necessidades de serviços públicos são diferenciadas conforme as regiões do país e não se pode dar a elas tratamento uniforme sem risco de distorção. Tais ideias parecem irrefutáveis à primeira vista. Não há dúvida de que a regulação contratual dá poder maior àquele que vivencia de mais perto a realidade do serviço público. Não é razoável que se espere que as condições de implementação desses serviços adquiram a mesma feição em localidades pobres e ricas.” (AGUILLAR, Fernando Herren. Controle Social dos Serviços Públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 285)

Portanto, a qualidade da regulação contratual está diretamente ligada à capacidade de conceber sistemas de incentivos que, sem ignorar a racionalidade econômica, consigam criar condicionamentos jurídicos que materializem as finalidades públicas<sup>52</sup>. Tal circunstância torna inteiramente distintos contratos de concessão que se destinem a regular portos, aeroportos, energia, saneamento, rodovias, porquanto cada um desses setores, entre tantos outros que podem ser objeto de relações contratuais duradouras, são dotados de características que tornam impossível qualquer pretensão de uniformização das suas cláusulas e condições.

É nesse cenário que a função da regulação contratual assume nova dimensão, eis que intimamente conectada ao reconhecimento de que é cada vez mais difícil, senão impossível, ao legislador, distante das minúcias da realidade, das circunstâncias do momento e das sutilezas técnicas que envolvem a aplicação da lei, definir casuística e exaustivamente todas as situações no plano abstrato.

Logo, é necessário reconhecer a existência de um relevante espaço de conformação regulatória dos contratos de concessão, a conferir maior margem de normatividade contratual que preencha as adequações e peculiaridades de cada objeto e de cada setor. Nem tudo estará ou, mesmo, deverá estar previsto em lei, nos marcos regulatórios setoriais ou nos regulamentos.

Por conseguinte, questões como a estrutura remuneratória, metas de qualidade, indicadores de desempenho e sistema de monitoramento e avaliação de resultados a serem atingidos, compromissos de investimentos, partilha de riscos entre as partes, mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e método de alocação de custos são algumas das escolhas regulatórias que serão determinantes para delimitar o núcleo essencial do contrato de concessão, o seu grau de eficiência e o próprio atendimento do interesse público envolvido, podendo variar profundamente, conforme as circunstâncias específicas de cada situação concreta.

---

<sup>52</sup> Carlos Ari Sundfeld pondera que o desafio envolve impor condicionamentos institucionais sem comprometer a lógica econômica de cada setor. Assinala, o referido autor, que a irracionalidade econômica seria um vício fatal ao Direito Administrativo dos Negócios. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e Regulação no Brasil*. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil. Uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 116)

### 2.2.1.2 A regulação por contrato e o grau de flexibilidade

A regulação por contrato apresenta menor grau de flexibilidade se confrontada com outras estratégias ou formas de regular. É o que se depreende quando se confronta a regulação por contrato com a regulação via autorização.

A escolha da técnica regulatória (por exemplo se pela via contratual ou, por meio de autorizações) não se apresenta com feições inteiramente discricionárias, mas conectadas aos sistemas de incentivos que se pretende gerar, pelas características do setor regulado e do próprio grau de confiabilidade dos operadores econômicos nas instituições públicas, o que pode variar intensamente de país para país.

Essa compreensão dos limites do contrato como estratégia regulatória é relevante porque guarda direta relação com a mutabilidade<sup>53</sup>. Técnicas e estratégias regulatórias amparadas em títulos habilitantes mais flexíveis, tal qual a autorização, são mais dúcteis e mutáveis por natureza, o que permite maiores espaços de conformação, pelo regulador, para adequações e adaptações às cambiantes realidades técnicas, normativas, concorrenciais, econômicas, financeiras e políticas<sup>54</sup>.

Por sua vez, ainda que com menos margens de flexibilidade e capacidade adaptativa, a regulação por contrato se vocaciona ao atendimento daquelas utilidades que o contraente público tem, no que tange à responsabilidade de garantir e prover. Isso ocorre distintamente, por exemplo, do regime da autorização, quando o cocontratante tem acesso a uma atividade na qual compete ao ente público ordenar e regular, mas não necessariamente prover com uma dimensão garantística.

Os contratos de concessão são instrumentos de delegação de cometimentos públicos dos quais o Estado não pode furtar-se a garantir e pressupõem indelegáveis responsabilidades públicas. A circunstância de aquela tarefa pública ser implementada em uma ambiência privada não modifica em nada essa realidade.

Na regulação por contrato - a despeito da sua natural incompletude, como se verá adiante -, os principais parâmetros e decisões estruturantes de natureza regulatória já se encontram incorporados no instrumento contratual, ao passo que, a regulação via

---

<sup>53</sup> Pode ocorrer, também, uma mutação do próprio regime. É o que vem sendo discutido, no Brasil, no setor de telecomunicações, por ocasião do PL 79/116, que autoriza a migração de um regime público de concessão para um regime privado de autorização. Em outros termos, se convertido em lei, será um exemplo eloquente de mutabilidade na própria base do negócio jurídico, permitindo-se a transmutação de um regime contratual para um regime de ato administrativo negocial.

<sup>54</sup> Ver MORENO, Natália de Almeida. *Smart Grids: Modelagem Regulatória de Infraestruturas*. Rio de Janeiro: Synergia, 2015.

autorização existe uma flexibilidade e uma capacidade adaptativa dotada de maior intensidade.

Ainda na perspectiva da flexibilidade, importa advertir sobre a regulação por contrato e a regulação discricionária. Fernando Tavares Camacho e Bruno da Costa Lucas Rodrigues (2014) explicam que, nas últimas décadas, reguladores, em diferentes partes do mundo<sup>55</sup>, têm utilizado duas abordagens de regulação de preços: regulação discricionária (quando os preços são realinhados periodicamente aos custos de prestação de serviços) e regulação por contrato (quando os preços são independentes dos custos incorridos pela empresa). Explicam os referidos autores que a diferença básica entre as abordagens de regulação por contrato e regulação discricionária é a existência da revisão tarifária periódica como mecanismo de permanente atualização e que estaria presente apenas na regulação discricionária<sup>56</sup>.

Essa distinção não pode ser tomada como uma premissa absoluta, eis que diversos setores regulados por contrato têm igualmente revisões programadas periódicas, ainda que com escopo mais reduzido do que nos setores que adotam a regulação discricionária. Não obstante a noção de regulação discricionária guarde uma dimensão mais econômica do que propriamente jurídica – tanto que não encontra correspondência explícita na legislação, ao menos brasileira –, sua racionalidade concentra-se, principalmente, em permitir que as referidas revisões tarifárias promovam periodicamente adequações nos custos dos insumos, nas variações da demanda e na incorporação das inovações tecnológicas<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado. Revista do BNDES, n. 41, p. 259-260, jun. 2014. Observam os autores, ainda, que a regulação discricionária tem sido aplicada, nos Estados Unidos, no setor de energia elétrica e telecomunicações. No Reino Unido, em diversos setores, incluindo energia elétrica, gás natural e aeroportos. No Brasil, para as atividades de distribuição de energia elétrica e gás natural.

<sup>56</sup> José A. Gómez -Ibáñez aduz que o *price cap* tem sido a forma mais utilizada de regulação discricionária, explicando a sua origem: “Price-cap regulation, which is often called incentive regulation, had become the dominant form of discretionary regulation by the end of the twentieth century. Price cap was developed by the British when they began privatizing their utilities in the 1980s, although it has its roots in related incentive schemes that regulators have experimented with since the nineteenth century. Many U.S. and European regulatory agencies have adopted some of the elements of price-cap, and price cap is the most common alternative to concession contracts in developing countries, particular for industries such as telecommunications or electricity, where it is difficult to draft a complete contract”. (GÓMEZ – IBÁÑEZ, José A. Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts and Discretion. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 217).

<sup>57</sup> Maurício Portugal Ribeiro critica os mecanismos de regulação discricionária (fatores X, Q, D) que atribuem às agências reguladoras a prerrogativa de mudar, discricionariamente, aspectos essenciais do contrato de concessão. Pondera que a metodologia para a aplicação de tais mecanismos deve estar prevista no contrato, conferindo previsibilidade aos potenciais participantes da licitação. Critica os contratos recentemente firmados por não terem estabelecido qualquer metodologia ou deixando variáveis-chave dessas metodologias para serem arbitradas pelas Agências. RIBEIRO, Maurício Portugal. Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos. Disponível em:

Decorre daí que uma das características que distinguem a regulação por contrato da regulação discricionária é, exatamente, o grau de flexibilidade que permite a incorporação das mutações. Na regulação discricionária, existe uma margem maior de promover as adequações, o que ocorre justamente com a amplitude conferida às revisões tarifárias periódicas<sup>58</sup>.

No Brasil, no entanto, a regulação por contrato tem prevalecido na esmagadora maioria dos segmentos econômicos<sup>59</sup>. Os objetos dos contratos de concessão costumam demandar vultosos investimentos e complexos esquemas financeiros para a captação imediata de recursos que permitam alavancar a consecução do objeto nos parâmetros colmatados para atendimento dos interesses públicos.

Isso ocorre porque o aporte de recursos pelo setor privado e o próprio engajamento do mercado financeiro demandam, como regra, uma relação contratualizada, que se descortina como uma estratégia garantidora de maior segurança jurídica para os investidores, mormente, em países em desenvolvimento, pois esses são, em tese, propensos a maiores fluxos de instabilidades política e econômica.

Com a contratualização, incorporam-se direitos e obrigações para ambos os contraentes sob o manto do ato jurídico perfeito, o que, se de um lado, pode tornar mais

---

<<http://www.portugalribeiro.com.br/novo-pacote-de-infraestrutura-do-governo-dilma-15-erros-que-precisam-ser-corrigidos/>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

<sup>58</sup> Fernando Camacho Rodrigues e Bruno da Costa Lucas Rodrigues explicam: “Ao estabelecer as condições contratuais da forma mais completa possível em contrato, o espaço para mudanças de regras é reduzido, o que mitiga o risco de comportamento oportunista das partes. Além disso, o custo regulatório é menor, já que não existe a necessidade de verificar de forma detalhada os custos da firma regulada para fins da RTP. Entretanto, como o contrato predefine as regras contratuais, esse tipo de regulação é menos flexível para lidar com incertezas, como mudanças nos custos dos insumos e avanços tecnológicos. Por fim, quando existe necessidade de renegociar o contrato, o regulador está menos preparado para lidar com revisões contratuais e assimetrias de informações. [...] A flexibilidade para lidar com circunstâncias de difícil previsão e incorporar inovações ao longo do tempo é ponto fundamental da Regulação Discricionária.” (CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado. *Revista do BNDES*, n. 41, p. 272-273;278, jun. 2014).

<sup>59</sup> É importante anotar que a utilização dos contratos regulatórios ocorre com mais intensidade nos setores de infraestrutura caracterizados como monopólios naturais e que não comportam a exploração competitiva por mais de um operador econômico. Nesses casos, a técnica de intervenção regulatória pela via contratual é substitutiva do mercado, considerando que a eficiência na prestação do serviço ou na gestão da infraestrutura não será alcançada pela via de competição entre mais de um operador econômico. O contrato regulatório funciona como fator corretivo das ineficiências ínsitas a serviços e estruturas de mercado que não comportam a competição no serviço, mas apenas a competição pelo serviço. A escolha pública dos padrões de eficiência e dos mecanismos inibidores das potencialidades negativas geradas pela exclusividade de apenas um operador econômico atuar são desenhadas no instrumento contratual. Na mesma linha ver, entre outros, SILVA, Suzana Tavares. *Um Novo Direito Administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 66-67; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 301; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 161-162.

tormentosas as adequações e renegociações entre as partes, por outro, confere maior segurança jurídica aos investidores, que podem valer-se das Agências Reguladoras, dos Tribunais arbitrais e judiciais para ver reconhecidos os seus direitos.

Ao compendiar o raciocínio supradesenvolvido, pode-se inferir que, na perspectiva da mutabilidade, a regulação via contrato de concessão é menos flexível do que as delegações instrumentalizadas pela via da autorização e mesmo em relação às regulações dita discricionárias (quando o espaço para adequações se materializa com maior intensidade nas revisões tarifárias).

Mas esse menor grau de flexibilidade concernente a outras estratégias regulatórias não torna a regulação do contrato de concessão imune às mutações ou, mesmo, dotada de estruturas necessariamente rígidas e com baixa capacidade adaptativa.

Muito ao contrário, o que se pretende demonstrar ao longo desta tese como um dos seus aspectos centrais, é que a mutabilidade passa a incorporar e aderir intrinsecamente a regulação do contrato de concessão como um elemento dotado de maleabilidade aderente à sua estrutura.

### 2.2.1.3 A procedimentalização da mutabilidade na regulação do contrato de concessão

A fixação de uma metodologia procedimental que instrumentalize a mutabilidade é extremamente relevante na regulação dos contratos de concessão.

No Brasil, a mutabilidade não vem ocupando um papel de centralidade no ordenamento jurídico, com normas esparsas e sem a devida sistematização. Não obstante o tema seja relevantíssimo, a mutabilidade nos contratos administrativos, especialmente naqueles de longo prazo, não recebeu do legislador brasileiro tratamento adequado e voltado para a sua realidade.

A Lei n.º 8.666/93 - que institui normas gerais de licitações e contratos - disciplina a matéria no artigo 65, ao tratar da alteração unilateral ou bilateral dos contratos administrativos. As categorias do fato do príncipe, da teoria da imprevisão, do caso fortuito e da força maior podem ser identificadas nas disposições do artigo 65, II, d, explicitando o conhecimento convencional da matéria em sede doutrinária e de inspiração reconhecida no Direito francês, o que será investigado no capítulo 3.

Não há, contudo, uma sistemática que se ocupe da mutabilidade, seja no seu aspecto substantivo, seja no procedimental.

Quando se examina as legislações que instituíram normas gerais sobre os contratos de concessão, como é o caso da Lei n.º 8.987/95, que trata das concessões e



permissões de serviços públicos, e da Lei n.º 11.079/04, que regula a parceria público-privada, percebe-se que a temática da mutabilidade carece de uma adequada sistematização<sup>60</sup>.

A ausência de um regramento normativo adequado e condizente com a relevância da mutabilidade dos contratos de concessão produz como consequência, não raro, a importação da racionalidade da alteração dos contratos da Lei n.º 8.666/93<sup>61</sup>, utilizando-se de parâmetros e referenciais próprios de outros tipos contratuais (como por exemplo a empreitada de obra pública ou a prestação de serviços).

Sustenta-se, nesta tese, que à regulação por contrato caberá estabelecer uma espécie de devido processo da mutabilidade que assegure condições de depuração dos interesses públicos e privados envolvidos e que agregue, principalmente, transparência no transcorrer das inevitáveis alterações que se sucederão no decorrer da execução duradoura do ajuste.

Na regulação do contrato de concessão, a mutabilidade deve ocupar um papel de centralidade, com a disciplina dos seus limites, causas, responsabilidades, consequências e iter procedimental.

Se não é possível prever que tipo de ocorrência abalará o contrato de concessão, pode-se cogitar de uma regulação que explicita o *modus operandi* da mutabilidade, estruturada a partir da densificação de princípios e dos valores que assegurem transparência e legitimidade, mormente, nas situações de o processo decisório pressupor a construção de soluções dialógicas e consensualmente negociadas.

É crucial a definição no contrato de concessão de regras claras sobre o procedimento da mutabilidade. O esperado nos contratos de concessão é a mudança<sup>62</sup>. A alteração das circunstâncias técnicas, sociais, econômicas, políticas e financeiras deve ser

---

<sup>60</sup> Para solucionar essa lacuna normativa, Guilherme Jardim Jurksaitis propõe a edição de regulamentos administrativos que fixem critérios e procedimentos específicos para a celebração de termos aditivos, tanto para contratos públicos comuns, como para contratos complexos. O referido regulamento seria editado pela autoridade competente, vinculando órgãos e entidades a ela subordinados. JURKASAITIS, Guilherme Jardim. Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKASAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 277-294.

<sup>61</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, Ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.

<sup>62</sup> Na feliz síntese de Egon Bockmann Moreira: "Em tempos de Pós-Modernidade, nada mais adequado que falar em segurança advinda da certeza da mudança. Pois este aparente contrassenso é o que se passa nas concessões contemporâneas: a flexibilidade dos contratos é um dos itens que reforçam a segurança jurídica na prestação adequada do serviço. Ou melhor: a segurança contratual presta-se a garantir a mutabilidade do negócio jurídico firmado." (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37)

compreendida como integrante do núcleo essencial dos contratos de concessão, sendo a mutabilidade ínsita à sua própria natureza. Ignorar essa realidade é tornar mais complexa e tormentosa a inevitável tarefa *ex post* de adequação do contrato.

Como será demonstrado adiante, não existem modelos teóricos/contratuais que incorporem todas essas variáveis com um grau de previsibilidade preciso e absoluto, pois a realidade é bem mais complexa do que parece à primeira vista.

A consciência da falibilidade e da incapacidade na precificação de todas as variáveis é um ponto de partida obrigatório para a compreensão da mutabilidade, devendo ser considerada como um elemento intrínseco à própria natureza da regulação contratual.

Não se supõe viável que os *regulatory contracts* predeterminem todas as situações que poderão advir no curso da execução do contrato, ou seja, as circunstâncias supervenientes econômicas, financeiras, políticas, técnicas, jurídicas e concorrenciais que possam impactar em alterações de conteúdo material no pacto.

Essa circunstância faz com que a procedimentalização da mutabilidade deva assumir a centralidade necessária na regulação do contrato de concessão. O tema da procedimentalização será abordado, também, nos capítulos subsequentes, dada a sua importância e as suas distintas dimensões.

### 2.2.2 A alocação de riscos

Seguramente, a alocação dos riscos consiste em um dos mais significativos avanços nos contratos de concessão contemporâneos. A dimensão contratual dos riscos é uma realidade nos denominados *regulatory contracts*. É imprescindível avançar na sua compreensão.

#### 2.2.2.1 A teoria das áleas e a evolução para alocação dos riscos

Outrora, a teoria das áleas era suficiente para explicar e justificar os riscos, as incertezas e imprevisibilidades que poderiam advir durante a execução do contrato.

Basicamente, a álea ordinária era atribuída ao cocontratante, eis que vinculada aos riscos inerentes a qualquer atividade empresarial. A álea extraordinária, seja administrativa (aquela que decorre de uma ação estatal, como é o caso da alteração unilateral, fato da administração ou fato do príncipe) ou econômica (decorrente de circunstâncias exógenas ao contrato e à própria vontade das partes), ensejaria o

reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, recaindo, sobre o contraente público, o dever de promover os ajustes necessários para reposicionar o equilíbrio das prestações inicialmente estabelecidas entre as partes<sup>63</sup>.

O tema da mutabilidade nos contratos administrativos, considerado no seu gênero, sempre guardou direta relação com a teoria das áleas<sup>64</sup>. Afinal, o reconhecimento de que os contratos administrativos são mutáveis por natureza decorre da constatação empírica que as condições econômicas, financeiras, políticas, técnicas e sociais não são estáticas, o que se desvela como uma realidade indiscutível nos contratos públicos duradouros.

A teoria das áleas busca sistematizar, racionalmente, as principais causas de modificação e flutuação dos diversos elementos contratuais, tais como objeto, preço, prazo e tantos outros aspectos que podem ser alterados a partir da modificação dos pressupostos fáticos inicialmente concebidos.

A divisão das áleas, por um longo período histórico<sup>65</sup>, foi suficiente para delimitar o campo de incidência das alterações contratuais. A abstração teórica e conceitual das distintas áleas se revelava como suficiente para conferir aos contratantes a necessária previsibilidade acerca das consequências jurídicas dos fatos supervenientes.

Esquadrinhados os limites de cada álea e atribuídos os efeitos jurídicos, econômicos e financeiros para cada uma das partes na própria lei - a partir de uma doutrina razoavelmente consolidada nos países de tradição romano-germânica -, o instrumento contratual não se apresentava como o veículo principal no dimensionamento dos acontecimentos porvir nem das respectivas consequências. A teoria das áleas, exposta na doutrina administrativa de matriz francesa e refletida em vários ordenamentos jurídicos, era o suficiente para solucionar os problemas envolvendo a alteração dos contratos.

Modernamente, é por meio de uma alocação contratual dos riscos detalhada de forma objetiva no próprio contrato que se estabelece uma estrutura racional de incentivos para as partes, induzindo a adoção de comportamentos que levem em consideração a

---

<sup>63</sup> Cf DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>64</sup> Cf MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. WALINE, Marcel. Droit Administratif. 9. ed. Paris: Sirey, 1963. v. 1. VEDEL, Georges. Droit Administratif. Paris: Press Universitaire de France, 1992. t. 1. LABADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 15. ed. Paris: LGDJ 1999. v. 1.

<sup>65</sup> Cf GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de Serviço Público. São Paulo: Saraiva, 2014. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. GARCÍA, Jorge Sarmiento. Concesión de Servicios Públicos. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. FROUD, Julie. The private finance initiative: risk, uncertainty and the State, Accounting. Organization and Society, 2003. v. 28. AZEVEDO, Maria Eduarda. As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública. Coimbra: Almedina, 2009. FLYVBJERG, Bent. Megaprojects and Risk: an Anatomy of Ambition. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

assunção de responsabilidades e, principalmente, as consequências financeiras no caso da ocorrência do evento descrito no contrato.

Com o advento de novas e impactantes tecnologias, com a crescente complexidade na estruturação econômica, financeira e técnica dos contratos públicos, a teoria das áleas se anunciou como insuficiente para desvendar as intrincadas questões que passavam a permear os contratos públicos duradouros, em especial, aqueles que recorriam às técnicas concessionais.

Na perspectiva do presente estudo, a mudança na forma de concepção e compreensão dos riscos e da sua alocação entre as partes no contrato, bem como a consequente reavaliação no tratamento jurídico dispensado pelo legislador e, conseqüentemente, pela doutrina, pode ser classificada como uma decorrência natural e evolutiva da própria teoria das áleas.

Pode-se afirmar que a centralidade da temática dos riscos nos contratos celebrados pelo poder público foi propulsionada a partir do desenho das parcerias público-privadas no Reino Unido, mais conhecidas por *Private Finance Initiative* (PFI)<sup>66</sup>. Para além de outras inovações relevantíssimas que se espalharam para outros contratos duradouros, a dimensão contratual da alocação de riscos se torna efetivamente superlativa com o regime substantivo das parcerias público-privadas, tal como concebido no Reino Unido<sup>67</sup>.

O aumento significativo dos riscos que poderiam impactar na execução do contrato passou a exigir um esforço concentrado na concepção da regulação contratual, que não mais se satisfazia com uma definição abstrata e genericamente concebida em lei, senão que reclamava uma detalhada e exaustiva partilha dos distintos riscos entre as partes.

A causa dessa impactante evolução em tema tão relevante para o Direito Administrativo Contratual não decorreu propriamente de uma espontânea revisitação

---

<sup>66</sup> Cf MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 352. MARTY, Frédéric; TROSA, Sylvie; VOISIN, Arnaud. Les partenariats public-privé. Paris: La Découverte, 2006. CHOAT, Rupert; SMITH, Paul. Construction Act Changes: Exclusion Order for PFI Subcontracts - A Missed Opportunity?. Construction Law International, v. 6, n. 3, out. 2011. COSSALTER, Phillippe. A Private Finance Initiative. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, Ano 2, n. 06, abr./jun. 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12769>>. Acesso em: 30 out. 2017.

<sup>67</sup> Licínio Lopes Martins anota que a origem das parcerias público-privadas se deu a partir da Iniciativa de Financiamento Privado, lançada em 1992, que tinha por objetivo principal financiar infraestrutura com fundos privados, tendo decorrido da crise financeira e da necessidade de relançar o setor privado depois de um período em que os projetos de parceria com o setor público pareciam ter adormecido ou já não eram alvo de tanta procura. MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 344.

doutrinária, mas de uma necessária adequação do Direito à realidade, como, de resto, acontece com vários fenômenos jurídicos que não podem ficar alheios aos acontecimentos do mundo dos fatos.

Em verdade, a moldura normativa e doutrinária que explicitava o que era *álea ordinária* e *álea extraordinária* já não mais apresentava as virtudes pragmáticas e funcionais de outrora. Desse modo, zonas e limites entre as *áleas* não eram mais tão nítidos e estanques, bem como a própria classificação teórico-conceitual não mais respondia às expectativas de contratos administrativos que se revelavam cada vez mais complexos e intrincados, mormente, porque estruturados a partir de uma teia relacional e multipolar, como adiante se demonstrará.

Numa formulação mais sintética: a percepção contemporânea do tema e que se encontra refletida em vários ordenamentos jurídicos, é a de que à teoria das *áleas*, abstratamente considerada, deveria ser acrescida uma alocação de riscos definida objetivamente no instrumento contratual<sup>68</sup>.

No Brasil, a temática dos riscos passou a ser um elemento central nos contratos de concessão a partir do advento da Lei n.º 11.079/04 - que disciplina as parcerias público-privadas - e que prescreveu, no artigo 4º, inciso VI, a repartição objetiva de riscos entre as partes como uma das suas principais diretrizes (art. 4º, VI), fazendo referência, ainda, acerca da obrigatoriedade de inclusão de cláusula a ser inserida nos contratos que disciplinem a repartição de riscos entre as partes, inclusive, os referentes a caso fortuito, à força maior, a fato do príncipe e a *álea econômica extraordinária* (art. 5º, inciso III)<sup>69</sup>.

Sobressai aqui a lógica de que os riscos podem e devem ser compartilhados nos contratos, sendo expressos, no caso das concessões patrocinadas e administrativas (espécies de parcerias público-privadas), e incorporados como um elemento natural nas concessões comuns (ainda que, nessa legislação específica, não se tenha explicitado categoricamente a partilha de riscos como uma diretriz a ser observada).

Ainda que não tenha progredido na disciplina procedimental e substantiva da mutabilidade, é inegável que a Lei n.º 11.079/04 - que instituiu as parcerias público-privadas no ordenamento brasileiro - significou um representativo avanço no campo dos

---

<sup>68</sup> Nas palavras de Vera Monteiro: “Por isso é que a classificação genérica entre *álea ordinária* e *álea extraordinária* é pouco útil na concessão. As *áleas* precisam ser previamente identificadas e detalhadas, sendo natural que o contrato faça a alocação a partir de uma lógica econômica.” (MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 170).

<sup>69</sup> Dispõe o artigo 5º, inciso III, da Lei n.º 11.079/04: Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1999, 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*.”

riscos. Estabeleceu-se, no seu artigo 4º, inciso VI<sup>70</sup>, a repartição objetiva de riscos entre as partes como uma de suas diretrizes.

Mesmo nas concessões comuns, cuja definição legal<sup>71</sup> explicita que a sua execução “será por conta e risco do concessionário”, a doutrina tem se afastado de uma interpretação literal e compreendido, corretamente, que atende ao interesse público promover uma divisão racional de riscos entre as partes<sup>72</sup>.

O ponto é que, na regulação dos contratos de concessão, o estudo do risco se torna elemento estruturante do plexo de obrigações e responsabilidades, sendo determinante para a atração dos investidores e dos operadores econômicos.

Alocar riscos não é adivinhação ou mesmo cogitar suposições despidas de fundamento científico. Trata-se de regulação contratual técnica e planejada que, sem se descuidar da racionalidade econômica, incorpore a previsibilidade dos riscos, bem como dos seus efeitos e consequências, como um dos seus mais importantes pilares.

As experiências pretéritas, nacionais e internacionais, além da extensa produção de estudos e investigações sobre esses contratos no campo dos serviços públicos e infraestrutura - não apenas nos seus aspectos jurídicos, mas também financeiros, econômicos e técnicos - permitem que se tenha um excelente ponto de partida na estruturação dos contratos de concessão. Deve ser cogitada a máxima expansão possível dos prognósticos capturáveis daquela realidade conjuntural e temporal.

O aprofundamento na estruturação contratual dos riscos impõe, ainda, a necessária conexão do Direito com outras ciências. Os riscos são ocorrências que pertencem a outros domínios do conhecimento<sup>73</sup>. As mais diversas variantes e possibilidades podem suceder em um contrato público duradouro, como na construção de uma obra, os aspectos geológicos envolvidos, as variações cambiais e financeiras, que são apenas alguns exemplos que bem demonstram que as conjecturas sobre a sua ocorrência são essencialmente técnicas e pertencentes a distintos ramos da ciência.

---

<sup>70</sup> Dispõe o artigo 4º, inciso VI, da Lei n.º 11.079/04: “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...] VI – repartição objetiva de riscos entre as partes.”

<sup>71</sup> Cf. art. 2º, inciso II, III e IV, da Lei n.º 8.987/95.

<sup>72</sup> Cf. PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006. ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. As tarifas e as demais formas de remuneração no serviço público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39. MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 170.

<sup>73</sup> Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p.113.

A complexidade na definição da alocação de riscos e os múltiplos e distintos aspectos técnicos convergem para uma inescusável compreensão multidisciplinar<sup>74</sup>, que se afasta de uma ótica unívoca e reducionista que observa o fenômeno a partir apenas de um ramo do conhecimento.

Ao Direito e ao seu operador, em particular, aquele que atua na estruturação desses complexos contratos, cabe capturar a essência dos inúmeros riscos detectados e propor uma divisão racional de incumbências e responsabilidades entre os contratantes, avançando, ainda, nos mecanismos de prevenção e na delimitação prudente das suas consequências.

Regular os riscos previamente no contrato apresenta uma dimensão jurídica conectada aos princípios da eficiência, da segurança jurídica e da própria consecução do interesse público<sup>75</sup>, com isso, reduzindo os espaços de conflitos *ex post* em relações duradouras complexas. Os contratos de concessão são, por natureza, submetidos a constantes mutações, o que se acentua em cenários macroeconômicos marcadamente globalizados, constantemente, impactados por uma assombrosa evolução tecnológica em vários campos do conhecimento humano.

#### 2.2.2.2 A alocação contratual dos riscos e a sua metodologia

Não há como pretender uniformizar ou criar parâmetros rígidos de alocação de riscos que possam ser universalmente aceitos. É claro que existem alocações de riscos que convergem para determinado grau de uniformidade, considerando a natureza dos fatos e a própria racionalidade da metodologia inerente à atividade.

Existem, no entanto, circunstâncias fáticas que podem apresentar-se como bastante singulares, como é o caso, por exemplo, do lamentável risco da violência que acomete as concessões no estado do Rio de Janeiro<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Os riscos revelam uma dimensão multidisciplinar, configurando objeto de estudo no campo do Direito, da Economia e das Ciências Sociais. Ver sobre o tema CALABRESI, Guido. The Cost of Accidents: a legal and economical analysis. New Haven: Yale University Press, 1970; BECH, Ulrich. La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

<sup>75</sup> A conformação da autonomia contratual pelos referidos princípios é apontada por MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo - Algumas reflexões. Revista de Contratos Públicos, Ano 1, n. 1, p. 199-240, mar./ago. 2012; e por MELLO, Pedro. A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas. Coimbra: Almedina, 2011. p. 72; 121 - 122.

<sup>76</sup> Veja-se o relato do Presidente da SuperVia, concessionária que administra os trens urbanos no Rio de Janeiro, José Carlos Prober, a propósito do impacto da violência no contrato de concessão: “Mas não é tarefa fácil projetar no curto, médio ou longo prazos o plano de ação de uma empresa que, literalmente, trafega por uma das áreas mais conflagradas da região metropolitana do Rio. Como mensurar perdas por imposições externas que podem partir, de forma intempestiva, do crime organizado ou do confronto com

Por isso, é necessário reconhecer que cada segmento econômico apresenta uma lógica própria, sendo incomparáveis, por exemplo, contratos que envolvam concessões de rodovias, energia, saneamento, telecomunicações e tantos outros serviços públicos ou mesmo atividades administrativas que são executadas, considerando realidades, técnicas e finalidades absolutamente diversas.

É essa complexidade de cada segmento econômico que desloca o centro de gravidade da alocação de riscos da lei para o contrato. No rigor do exame, o risco é matéria que diz mais com o contrato<sup>77</sup> do que com a lei, o que se explica pela circunstância fenomênica de se conectar com realidades fáticas que circundam o exercício das atividades econômicas. Pretender que as leis - atos normativos, gerais e abstratos - revelem a capacidade de esgotar uma divisão racional e universal de riscos é implausível.

Um exemplo do que ora se afirma é o risco relativo à variação cambial que, ao menos no Brasil, é impactante em razão dos insumos que são adquiridos no exterior para o desenvolvimento do contrato de concessão<sup>78</sup>. Imagine-se uma concessão ferroviária na

---

as forças policiais? Só esse ano, por exemplo, os trens da SuperVia tiveram sua circulação suspensa em 24 ocasiões (até o dia da produção destas linhas), que totalizaram 43 horas de oferta zero de transporte, ou seja, 43 horas sem venda de bilhetes, principal fonte de renda da empresa. Como projetar nos 12, 24 ou mais meses seguintes o tamanho dessa variável na linha de contingências de um plano empresarial? Quantos serão os pontos fora da curva, que incluem ainda ações de vandalismo? Vandalismos que, vale lembrar, igualmente paralisam o serviço (e a entrada de caixa) quando se traduzem em roubo de cabos de energia e sinalização; ou que derrubam a energia através do lançamento de objetos sobre a rede aérea, aqueles fios de alta tensão que, interligados ao trem por um pantógrafo, fazem a composição andar. Como prever, num plano estratégicos, quantas das estações (são 102) trarão resultado financeiro nenhum – sim, nenhum – por causa da atuação direta do tráfico em suas plataformas de embarque? Soa surreal uma empresa tentar calcular qual será, no ano a ser planejado, o impacto no caixa resultante das ordens veladas que o crime impõe aos cidadãos que trabalham ou dão emprego em áreas conflagradas. Essa realidade acaba inflando um insumo cada vez mais pesado nos orçamentos das empresas: a segurança. Como enxergar isso num planejamento estratégico? Como orçar gastos com segurança num cenário de imprevisibilidade acima do tangível?”. (PROBER, José Carlos. Tiroteio e Planejamento Empresarial. Jornal O Globo, Editorial, 25 set. 17).

<sup>77</sup> Cf SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39. MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 170. BING, Li; AKINTOYE, Akintola; EDWARDS, P. J.; HARDCASTLE, C. The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK. International Journal of Project Management, Reino Unido, n. 23, p. 25-35, 2005; POSNER, Richard. Economic Analysis of Law. Chicago: Aspen Publishers, 1973. COLLINS, Hugh. The Law of Contract. 4. ed. New York: Cambridge University of Press, 2003.

<sup>78</sup> O Tribunal de Contas da União tem entendimento firmado que o cocontratante deve celebrar contrato de proteção cambial (contrato de hedge) para segurar o risco da variação cambial. Veja-se, a propósito, os seguintes acórdãos: Acórdão 1798/2005. Plenário, Relator: Ubiratan Aguiar, Data do Julgamento: 09/11/2005; TCU – Acórdão n.º 2837/2010. Plenário, TC-018.016/2005-1, Relator: Walton Alencar Rodrigues, Data do Julgamento: 27.10.2010; TCU – Acórdão n.º 2034/2010. Plenário, Relator: Valmir Campelo. Data da sessão: 18/08/2010; TCU – Acórdão n.º 1566/2005. Plenário, Relator: Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão: 05/10/2005; TCU – Acórdão n.º 421/2010. Plenário, Relator: José Múcio Monteiro. Data da sessão: 10/03/2010. Mas essa orientação, a bem da verdade, se destina a contratos de curto prazo. A celebração de *hedge* cambial para o cumprimento de uma hipotética prestação contratual em três ou seis) meses, como é comum no mercado futuro de dólar, pode ter um custo razoável e “absorvível” pelo cocontratante. Todavia, a celebração de *hedge* cambial para o cumprimento de obrigações de longo prazo, normalmente, contados em anos ou décadas, no caso dos contratos concessionais, pode ser inviável



qual os trens serão adquiridos em outro país. Qual a variação cambial que se situa nas áleas ordinária e extraordinária<sup>79</sup>? Fora os casos extremos, oscilações no câmbio poderão gerar dúvidas e controvérsias, não sendo a teoria das áleas exauriente para definir os limites da responsabilidade de cada contratante.

Assim, tomando o exemplo mencionado como referência, poder-se-ia cogitar de solução contratual que explicitasse os limites de variação cambial suportados pelo cocontratante delimitando o campo da álea ordinária, bem como definindo, *a contrario sensu*. Isso seria considerado álea extraordinária, o que tornaria insuportável o cumprimento da obrigação nos moldes inicialmente pactuados, portanto, ensejando eventual revisão do ajuste.

Nesse sentido, a temática dos riscos é apropriada para a regulação contratual, porquanto permite considerar as especificidades dos distintos objetos, serviços e atividades administrativas. A inserção dos riscos na discussão dogmática e no pragmatismo contratual foi, com certeza, uma das mais impactantes inovações na estrutura dos contratos de concessão nas últimas décadas, provocando consequências diretas e imediatas no estudo da mutabilidade dos contratos e do próprio equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como se pretende demonstrar ao longo deste estudo.

As relações jurídicas duradouras que envolvam objetos complexos, tais como obras, serviços e infraestruturas públicas, estão permanentemente sujeitas a riscos políticos, tecnológicos, econômicos, financeiros, regulatórios, ambientais e tantos outros que podem interferir na boa gestão e execução do empreendimento. Ainda que seja complexo definir um conceito unívoco de risco em razão da sua matriz multifacetada, tem-se compreendido o risco como evento incerto, mas de possível concretização, mensuração e previsibilidade<sup>80</sup>.

---

economicamente para o cocontratante em razão de seu elevadíssimo custo. É regra básica de finanças que quanto maior o tempo, maior a probabilidade de variação do valor dos ativos subjacentes às operações nos mercados futuro e de opções.

<sup>79</sup> O tema foi objeto de inúmeras decisões judiciais, a demonstrar a insegurança jurídica gerada pela ausência de definição nos contratos da explicitação objetiva das áleas ordinária e extraordinária. Confira-se: STJ. Resp n.º 656.932/SP. Quarta Turma. Relator: Antônio Carlos Ferreira. Data da Publicação: 02/06/2014; STJ. Resp n.º 858.785/GO. Terceira Turma. Relator: Humberto Gomes de Barros. Data da Publicação: 03/08/2010; STJ. Resp n.º 410.805/MG. Quarta Turma. Relator: Barros Monteiro. Data da Publicação: 16/02/2004; STF- Resp. 609.329/PR. Relator: Raul Araújo. Data da Publicação: 18/12/2012.

<sup>80</sup> Cf BORGES, Luiz F. X.; NEVES, Cesar das. *Parceria público-privada: riscos e mitigação de riscos em operações estruturadas de infraestrutura*. Revista do BNDES, v. 12, n. 23, p. 73 - 118, jun. 2005. FRANÇA, Maria A. de C. *Repartição objetiva de riscos*. 2001. 170 fls. Tese (Doutorado em direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro)*. Coimbra: Almedina, 2014. NESTER, Alexandre Wagner. *O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coords.) *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 174-195. CALABRESI,

No plano contratual, para ser qualificável como risco, deve-se admitir mensuração e objetivação que permita medir certos elementos da realidade. A avaliação do risco e a previsão das medidas preventivas ou atenuadoras dos seus efeitos integram a moderna gestão contratual do risco. Quando se está, contudo, no campo da absoluta imprevisibilidade, não mais se trata de risco, mas de incerteza<sup>81</sup>.

No plano da regulação do contrato de concessão, a alocação de riscos não é aleatória ou mesmo sujeita a um amplo grau de autonomia por parte do contraente público. Existe razoável consenso na doutrina e na prática contratual contemporânea a propósito da metodologia que deve ser adotada na alocação de riscos<sup>82</sup>.

No momento da modelagem do projeto concessional, devem ser esquadrihados todos os riscos e contingências futuras que podem impactar na execução do futuro contrato. Sequencialmente, deve ser identificada a parte que melhor tem condições de promover o seu gerenciamento e prevenção<sup>83</sup>. Noutros termos, detalhando-se os critérios e a própria lógica inerente à repartição, pode-se dizer que o risco deve ser alocado à parte

---

Guido. The Cost of Accidents: a legal and economical analysis. New Haven: Yale University Press, 1970. BECH, Ulrich. La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

<sup>81</sup> Cf. KNIGHT, Frank H. Risk, Uncertain, and Profity. Nova York: Palgrave MacMillan, 2002.

<sup>82</sup> Nesse sentido, aduz J. LUIS GUASCH: “A key element of concession design is the identification of associated risks and their proper allocation. The latter has a major impact on the costs of capital and tariff levels. Because concession design aims to establish financial equilibrium for the concessionaire, inadequately assigned risk would raise both. The two principles guiding risk allocation are (a) the party that is responsible or has more control over the risk factor should bear the risk, and (b) the party that is more able to bear the risk (less risk-averse) should be assigned the risk.” [...] “Improved allocation of risk in the concession contract and regulatory framework (in concordance with the general economic principles of risk allocation to reduce the cost of capital and improved informational requirements) ought to be given greater attention because they affect investment levels and sector performance.” (GUASCH, J. Luis. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right. Washington D.C: The World Bank, 2004, p. 121, 143). No mesmo sentido, entre outros, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e revisão nas Parcerias Público Privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de. Parcerias Público Privadas: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008; RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: Fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Atlas, 2011; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de Serviço Público. São Paulo: Saraiva, 2014; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Comentários ao art. 5º. In: DAL POZZO, Augusto Neves et al. (Coords.). Parcerias Público-Privadas: Teoria Geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 71 - 90. MELO, Pedro. A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas. Coimbra: Almedina, 2011.

<sup>83</sup> No Direito europeu, essa lógica se encontra assentada nas Guidelines for Successful Public-Private Partnerships. Disponível em: <[http://europa.eu.int/comm/regional\\_policy/sources/docgener/guide/PPPguide.htm](http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guide/PPPguide.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2014. Maria Eduarda Azevedo leciona: "Neste quadro, uma afectação adequada de riscos entre os parceiros favorece a eficiência produtiva, que deve ser maximizada quando envolve a atribuição de cada risco ao parceiro que melhor o pode gerir, em termos de custo. Daqui decorre o princípio de que cada risco há de ser atribuído à parte que dispõe de condições para melhor o gerir e mitigar de modo mais económico, não devendo ser atribuído a quem não tem condições para o influenciar e gerir". (AZEVEDO, Maria Eduarda. As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governança pública. Coimbra: Almedina, 2009, p. 478).

que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances de o evento indesejável ocorrer ou aumentar a chance de o evento desejável acontecer.

Esse critério leva em consideração a capacidade de cada uma das partes de evitar o evento danoso ou, se revelar uma dimensão positiva, a capacidade de contribuir para que o evento almejado aconteça. Além disso, deve-se observar a capacidade que cada parte detém de gerenciar as consequências danosas caso o evento indesejado venha a ocorrer<sup>84</sup>. Caso as duas partes detenham a capacidade de gerenciar o mesmo risco, pode ser mais eficiente partilhá-lo, a fim de que ambos os contratantes somem esforços para evitar o evento danoso<sup>85</sup>.

Ademais, a alocação racional dos riscos é contributiva na produção de incentivos econômicos para que a parte com maior capacidade de gerenciá-los possa operar no sentido de evitar a sua materialização ou, mesmo, a atenuação das suas consequências<sup>86</sup>.

A demarcação objetiva das fronteiras entre as áleas afeta ao cocontratante e ao contraente público, que leve em consideração as especificidades de cada setor e estruture-se a partir de critérios de racionalidade e funcionalidade, o que é fator decisivo para gerar benefícios para ambas as partes e, principalmente, para a consecução do interesse público. A preocupação com a racional alocação dos riscos já se inicia na fase do projeto concessional, mas se materializa no contrato com a denominada matriz de risco, refletindo a percepção das ocorrências plausíveis que poderão, futuramente, afetar a estabilidade da própria continuidade do vínculo contratual.

Em outros termos, a matriz de riscos exterioriza, de forma organizada, a distribuição de riscos entre as partes, dessa forma, contribuindo para a segura elaboração do edital e do próprio contrato de concessão. Busca-se, por conseguinte, identificar todos

---

<sup>84</sup> MARCOS NÓBREGA pondera que o governo tem a possibilidade de dissipar os seus riscos para os contribuintes e demais beneficiários dos programas. NOBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI006.aspx?pdiCntd=66032>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

<sup>85</sup> Cf LIMA, Carlos Marcio Campos; COELHO, Antonio Carlos. Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil. Revista de Administração Pública, Belo Horizonte, n. 49, p. 267 - 291, mar./abr. 2015. NÓBREGA, Marcos. Direito da Infraestrutura. São Paulo: Quartier Latin, 2001. BAKER, Tom; MOSS, David. Government and Risk Manager. In: MOSS, David; CISTERINO, John. (Orgs.). New Perspectives of Regulation. Cambridge: The Tobin Project, 2009. DAVIES, Anne C. L. The Public Law of Government Contracts. Oxford: Oxford University Press, 2008. TRIANIS, G. Unforeseen Contingencies: Risk Allocation in Contracts. In: BOUCKAERT, B.; DE GEEST, G. (Orgs.). Encyclopedia of Law and Economics. Gante: Edward Elgar, 2000. GÁRCIA, Julio V. Gonzáles. El riesgo del concesionario como elemento central de lãs concesiones de obra pública. In: FALCÓN Y TELLA, Ramón; BLANCO, Cristina García-Herrera. Aspectos jurídicos de lós mecanismos de financiación de infraestructuras. Ministério da Economía e Fazenda. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2008.

<sup>86</sup> Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, Ano 6, n. 24, p. 151-171, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/bid/PDI006.aspx?pdiCntd=55970>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

os riscos possíveis que possam afetar a execução do contrato, então, delimitando o campo de responsabilidade<sup>87</sup> de cada contratante, as medidas/providências que podem ser adotadas e, se for o caso, as consequências no caso da sua ocorrência.

É, seguramente, etapa fundamental em qualquer modelagem de contratos públicos duradouros, a requerer uma ação conjunta, transparente e, como visto, multidisciplinar dos agentes públicos responsáveis, para tanto, observando a indispensável relação dialógica e prévia com a sociedade e os operadores econômicos. Tudo isso com vistas a materializar a mais racional, eficiente e objetiva divisão de riscos entre os contratantes<sup>88</sup>.

Alocar corretamente os riscos confere previsibilidade e segurança jurídica nos modernos contratos de concessão, resguardando as partes de controvérsias e litígios *ex post* acerca de dúvidas sobre a responsabilidade pelos eventos ocorridos e renegociações que podem perturbar a execução do contrato. O Tribunal de Contas da União, inclusive, já atestou que o sucesso de um contrato de concessão depende da clareza na repartição de riscos e objetividade nas disposições contratuais, com isso, conferindo a segurança jurídica necessária para o negócio<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> A prática contratual tem, para além de fixar e detalhar os riscos entre os parceiros público e privado, exigindo que o cocontratante apresente declarações dando conta do seu pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos assumidos no contrato, bem como de ter levado todos esses riscos em consideração quando da formulação da sua proposta, a reforçar a sua exata compreensão da dimensão das obrigações e riscos assumidos, evitando alegações indevidas ou mesmo futuros contenciosos a propósito do limite das suas responsabilidades. Veja-se, por exemplo, a seguinte cláusula no contrato de concessão para exploração da rodovia federal BR-163/MT: “21.3 A Concessionária declara: (i) ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e (ii) ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta. 21.4 A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar.”

<sup>88</sup> Mohamed Chohra, Mu Shiyu e Cheng Hu apontam corretamente que: “*the risk allocation method is the key mission to improve the governance practice of a construction project built by the PPP contracts, and the main task in the management process of the different types of Public Private Partnership (PPP) contracts is the balanced risk distribution among all the partners included in a project, and the distribution of these risks is largely based on the nature of the project and will depend in particular to its financial mode, technical characteristics and performance to achieve during the construction or the operation phases. But a successful PPP construction project requires that the public partner gives special attention to the risks transfer mechanism and to prepare in advance a matrix for each stage of the project which is the best way to search the balance of the project during the competitive dialogue and consider the various mechanisms, including guarantees insurance to cover or not the particular risks.*” (CHOHRA, Mohamed; SHIYU, Mu; HU, Cheng. PPP Risk Transfer Mechanism in the Specific Projects Case of MAGTAA Desalination Seawater Station in Algeria. Disponível em: <<http://www.wbiconpro.com/232-Chohra.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2016).

<sup>89</sup> “Em um contrato de concessão, os termos contratuais devem garantir aos agentes envolvidos a segurança necessária à estabilidade das relações a serem pactuadas. Afinal, o ajuste firmado entre as partes será pilar de mais de duas décadas de relações jurídicas. Faz-se imperativo que se estabeleçam disposições claras e objetivas, com a necessária publicidade, para que em um ambiente de isonomia e previsibilidade todos os riscos estejam devidamente claros e distribuídos; evita-se, deste modo, eventuais imbróglis nas inevitáveis repactuações que se seguirão. Um dos segredos de uma boa execução em um contrato de concessão está, justamente, na clareza da repartição dos riscos e na objetividade dos comandos contratuais. Deve existir, neste caso, a necessária segurança jurídica para o ajuste.”. Tribunal de Contas da União. TC 013.040/2011-1 Plenário. Relator: VALMIR CAMPELO. Data do julgamento: 27/07/2011.

Claro que não se deve supor que seja viável elaborar uma matriz de risco exaustiva sobre todas as ocorrências futuras possíveis em contratos duradouros, o que tornaria o contrato completo e absolutamente cognoscível, circunstância bastante remota quando se tratar de contratos de concessão, duradouros e incompletos. Como se verá adiante, pode ser uma alternativa jurídica e economicamente viável postergar, deliberadamente, a alocação de um determinado risco.

### 2.2.2.3 As consequências de uma inadequada alocação contratual dos riscos

A deficiente mensuração contratual dos riscos pode ser extremamente danosa para o atendimento do interesse público<sup>90</sup>, pois eventuais lacunas e incompletudes serão precificadas no momento da elaboração da proposta econômica. Cria-se, nesse sentido, um indesejável espaço para incertezas durante a execução do objeto. A ocorrência de fato ou a situação que poderia ser determinável, atribuível a uma das partes ou, mesmo, quantificável economicamente ensejará uma custosa e indesejável renegociação entre as partes<sup>91</sup>, com a elevada probabilidade de comportamentos oportunistas que afetarão a eficiência, a estabilidade contratual e o próprio atendimento do interesse público<sup>92</sup>.

No que se refere ao aspecto central desta tese, o dado concreto é que um insuficiente mapeamento dos riscos poderá acarretar, como consequência, um contencioso administrativo ou mesmo judicial acerca do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Diz-se desnecessário porque, se alocado previamente a uma das partes,

---

<sup>90</sup> Expressando um entendimento corrente da doutrina, veja-se por todos Maria Eduarda Azevedo: “Em suma a eficiência produtiva de uma PPP depende de uma adequada afectação e partilha de riscos entre os parceiros, sendo certo que qualquer falha na transferência de risco constitui uma fonte de ineficiência, sobretudo se forem atribuídos riscos a quem não está nas melhores condições de os gerir e suportar.” (AZEVEDO, Maria Eduarda. As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública. Coimbra: Almedina, 2009. p. 478; 480-481).

<sup>91</sup> Nas palavras de Egon Bockmann Moreira: “A dúvida quanto a quem é o titular deste ou daquele risco apenas incrementa o respectivo custo: definir amigavelmente hoje custa muito menos do que descobrir litigiosamente amanhã.” (MOREIRA, Egon Bockman. Riscos, Incertezas e Concessões de Serviços Públicos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 5, n. 20, p. 35 - 50, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49831>>. Acesso em: 16 abr. 2014).

<sup>92</sup> A partir das experiências no setor de saneamento na Espanha, Samuel Carpintero e Ole Helby Petersen anotam que a deficiente alocação dos riscos é diretamente proporcional ao atraso na execução dos projetos de PPP, encarecendo-os e prejudicando, com isso, o interesse público envolvido: “A major argument for utilizing the PPP model over traditional procurement methods is the prospects of minimizing time delays and cost overruns. The findings in this study, however, illustrate that time delays were significant in these PPP projects and that this was mainly due to an inadequate management and transfer of key risks in the projects.” (CARPINTERO, Samuel; PETERSEN, Ole Helby. Risk allocation and time-delays in public-private partnership (PPP) projects: the experience of wastewater treatment plants in Spain. Disponível em: <<http://www.bristol.ac.uk/media-library/sites/sps/migrated/documents/helbypetersen.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2016).

seriam sabidas previamente as suas consequências jurídicas, técnicas, econômicas e financeiras.

Bem se vê que não avaliar riscos nem os mensurar objetivamente nos domínios do instrumento contratual, quando factível fazê-lo, é promover a incerteza e a insegurança nos contratos de concessão, desatendendo o interesse público que os move, com o provável deslocamento do futuro impasse para os árbitros ou para o próprio Poder Judiciário<sup>93</sup>. É prudente, então, que as próprias partes contratantes assumam a tarefa de mapeá-los e reparti-los.

Produz-se como consequências igualmente danosas a transferência de um risco, que não é efetivamente gerenciável pelo operador econômico. Esse equívoco pode ocasionar o incremento dos custos de transação, resultando na precificação do risco no preço ofertado ou no deslocamento do ônus para o usuário por intermédio de impacto direto na tarifa. Pode, inclusive, afastar potenciais investidores e licitantes ou, ainda, aumentar exponencialmente a possibilidade de conflitos durante a execução do contrato, que, certamente, envolverão a sua estabilidade econômica e financeira<sup>94</sup>.

É preciso resistir à equivocada tentativa de que o deslocamento de riscos não gerenciáveis pelo cocontratante possa ser benéfico ao interesse público ou, mesmo, para o usuário, quando for o caso. Um risco que não é controlável pelo cocontratante, mas que seja a ele contratualmente atribuído, será necessariamente precificado na sua proposta econômica<sup>95</sup>. A precificação tenderá, naturalmente, a ser sempre mais favorável para o

---

<sup>93</sup> Cf. ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 25.

<sup>94</sup> Sobre o tema, José Basilio Acerete Gil adverte: “*Sin embargo, no se debe incurrir en una transferencia masiva de riesgos al operador privado, porque esta actitud puede provocar ineficiencia. Si se transfieren riesgos que el sector privado no es capaz de controlar, éste rechazará asumirlo o agregará un sobrecoste por él superior en comparación con aquéllos que sí está dispuesto a aceptar. De esta forma, la Administración deberá realizar desembolsos superiores y el value for money se verá perjudicado.*” (ACERETE GIL, José Basilio. Financiación y Gestión Privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones Público-Privadas. Disponível em: <[http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Investigaciones/Inves2004\\_02.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Investigaciones/Inves2004_02.pdf)>. Acesso em: 1 abr. 2016).

<sup>95</sup> Conforme Pablo Schiavi: “*En la contratación tradicional, es habitual ver que el Estado tiende a sobreprotegerse en materia de riesgos, trasladando los mismos al sector privado. Esto tiene por resultado que, el agente privado, colocado en la situación de enfrentar riesgos que no le son propios o no está en las mejores condiciones de administrar, compensa esta situación trasladando el mayor costo económico que los riesgos generan, al precio del contrato. De este modo, se produce un efecto contrario al originalmente buscado, generándose un encarecimiento innecesario del proyecto. Por tales razones se busca que cada parte asuma aquellos riesgos que mejor pueda administrar.*” (SCHIAVI, Pablo. La participación público-privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios relacionados en el Uruguay: primeras reflexiones sobre la Ley n.º 18.7861. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Schiavi-La-participacion-publico-privada-en-el-desarrollo-de-infraestructuras-y-servicios-relacionados-en-el-uruguay-Primeras-reflexiones-sobre-la-Ley-N-18.786.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2016).

próprio particular, até porque lhe caberá fazê-lo, sendo natural esperar uma maximização da expectativa sobre o risco, com vistas à proteção dos seus próprios interesses.

Ao contrário do que desenganadamente possa aparentar, a alocação de riscos ilimitados ao cocontratante pode conduzir a decisão negativa quanto a um empreendimento, em que o mercado rejeita um determinado negócio simplesmente pela existência de riscos alocados de forma desproporcional ou os internaliza de forma prejudicial ao próprio interesse público.

A mesma premissa parece aplicável quando são transferidos riscos residuais para uma das partes, ou seja, riscos genéricos não cogitados na modelagem inicial do contrato. Essa divisão contratual *ex ante* não se orienta por critérios racionais, senão que amparada na equivocada premissa de que é melhor atribuir aleatória e genericamente potenciais e ainda ignorados riscos para uma das partes.

A bem da verdade, sem saber o risco que possa supervenientemente aflorar durante a execução do contrato, não há qualquer elemento prévio que permita identificar critérios lógicos e razoáveis de atribuição para um dos parceiros ou para os dois, em regime de compartilhamento. Sem esse conhecimento preliminar, não é possível avaliar quem melhor pode gerir as suas consequências, caso o evento indesejado se realize.

Alinhado com a visão que se pretende propor no presente estudo, de que os contratos públicos concessionais e duradouros devem ser, na medida exata, dúcteis e flexíveis, a opção que se revela mais condizente seria a previsão no contrato de que os riscos residuais seriam avaliados a partir da sua ocorrência, identificando, mediante o substrato fático existente, critérios de racionalidade acerca da parte que melhor poderia mitigar os prejuízos resultantes da ocorrência do evento ou o compartilhamento entre contraente público e cocontratante, por meio de critérios de equidade.

Essa seria uma situação na qual a solução *ex post* parece ser mais benéfica do que uma solução *ex ante*, que, por ignorar um risco potencial, não tem como avaliar corretamente o melhor resultado a extrair na gestão do evento superveniente. Melhor que as partes possam, consensualmente, orientadas pelos princípios da boa-fé e eficiência, identificar a alternativa mais razoável e racional para lidar com circunstância que não foi originariamente prevista no contrato. Ao tema voltar-se-á quando for examinada a incompletude dos contratos de concessão.

O mesmo raciocínio se aplica nos casos de os riscos atribuíveis aos cocontratantes serem indevidamente absorvidos pelo contraente público. Qualquer contrato que reduza

injustificadamente o risco empresarial desatende ao interesse público e gera vantagens despidas de legitimidade para a sociedade empresária que assumir a gestão do negócio.

Quando a entidade adjudicante, por exemplo, regula o contrato assegurando uma estabilidade da taxa interna de retorno (TIR) do parceiro privado<sup>96</sup>, produz-se duas consequências indesejáveis<sup>97</sup>: a) eliminação do risco inerente à execução do empreendimento, desnaturando a lógica desses contratos<sup>98</sup>; b) subtração, ainda que indireta, de uma regulação por performance e voltada aos resultados, na qual a rentabilidade do operador econômico estará assegurada independente do seu grau de eficiência no cumprimento das suas obrigações.

#### 2.2.2.4 Os riscos e a mutabilidade endocontratual

Quanto mais eficiente e racional for a alocação de riscos, maiores serão os benefícios para a conformação dos futuros ajustes e adaptações a serem realizados nos contratos de concessão.

Seguramente, a alocação de riscos é o mecanismo mais adequado para reduzir os custos de transação, evitando futuras e complexas renegociações, eis que dota o contrato de concessão de razoável previsibilidade acerca das responsabilidades e assunção de consequências para remediar os eventos danosos que porventura venham a ocorrer. É o que se convencionou denominar de mutabilidade endocontratual<sup>99</sup>.

A mutabilidade endocontratual, que caracteriza os contratos de concessão contemporâneos, pode ser definida como a tecnologia regulatória viabilizadora de permanente adequação do contrato sem a necessidade de renegociações ou mesmo a obrigatoriedade na celebração de termos aditivos.

---

<sup>96</sup> Para aprofundamento sobre a taxa interna de retorno ver MARTINS, André. Sobre o Equilíbrio Financeiro das Concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Accionista: Uma Perspectiva Econômica. Revista de Contratos Públicos, Coimbra, n. 03, p. 5 - 25, set./dez., 2011.

<sup>97</sup> Esse é o entendimento de longa data manifestado por RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: Melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 118 - 119; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e revisão nas Parcerias Público Privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de. Parcerias Público Privadas: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 75.

<sup>98</sup> A exploração do objeto sem o risco desnatura a concessão, conforme reconhece expressamente o “considerando n.º 18” e artigo 5º, I, a e b da Directiva 2014/23 EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02.14 relativa à adjudicação de contratos de concessão. Em Portugal, o Código de Contratos Públicos, no capítulo II que trata das concessões de obras e serviços públicos, expressa no seu artigo 413º que “o contrato deve implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário”.

<sup>99</sup> Cf. GARCIA, Flávio Amaral. A Mutabilidade nos Contratos Concessionais: Aspectos Endocontratuais e Procedimentais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Orgs.). O Direito Administrativo na Atualidade. Estudos em Homenagem ao Centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017. p. 426-441.



A regulação contratual dos riscos não é exaustiva nem completa, dada a racionalidade limitada ínsita ao ser humano, mas é o instrumento mais eficaz na incorporação das causas de modificabilidade dos contratos de concessão.

Com efeito, a ocorrência de determinado evento, atribuído como risco a uma das partes, pode provocar uma alteração significativa na conformação original do contrato, mas sem que, necessariamente, se torne indispensável a celebração de termo aditivo. Tal fato ocorre, pois, na matriz de risco já definiu de antemão que, na eventualidade daquela circunstância se concretizar, qual parte deverá assumir as suas consequências.

Para H el ene Hoepffner (2009) se trata da inser ao das chamadas cl ausulas de adapta ao substancial fundamentadas numa racionalidade de antecipac ao dos riscos<sup>100</sup>, o que pressup oe estipular, no pr oprio contrato de concess ao, a incorpora ao dos eventos e das suas consequ encias, encarando a mutabilidade como um elemento ordin ario da vida do contrato.

Esse esquadramento emp irico dos eventos futuros que podem impactar o contrato, conecta-se profundamente às futuras alterac oes ou modifica oes que se façam necess arias. Explica-se: a mutabilidade adere ao contrato não como uma circunstância externa   sua regula ao, mas como parte fundamental integrante da sua substância. Por mais incongruente que a princípio pareça, significa que, na prática, o contrato vai mudando sem que, obrigatoriamente, tenha que ser formalmente alterado.

Como se v e, a temática do risco   transversal ao tema da mutabilidade e, portanto, o seu exame não se esgota neste t pico. Pela sua importância, a questão dos riscos nos contratos de concess ao permeará outras abordagens ao longo deste estudo.

### 2.2.3 A regula ao de resultados nos contratos de concess ao

A regula ao por contrato aponta uma tendência contemporânea na forma de estruturar o relacionamento com o operador econômico: o resultado como objetivo primário na delimita ao das obriga oes dos particulares e maior liberdade de meios conferida ao cocontratante.

---

<sup>100</sup> Sustenta a referida autora: *“Les contrats de partenariat reposent en outre sur une logique d’anticipation de ces risques puisque les stipulations contractuelles doivent nécessairement intégrer les possibilites et les nécessités d’évolution, ainsi que l’existence d’ v nements exceptionnels. [...] Dans le cadre des contrats de partenariat, la modification est perçue comme un élément ordinaire de la vie du contrat [...]”* (HOEPFFNER, H el ene. *La Modification du contrat administratif*. Paris: LGDJ, 2009. p. 350).

A partir da influência de uma auspiciosa doutrina voltada à busca do resultado como objetivo maior a perseguir na atividade administrativa<sup>101</sup> que, também, no campo da regulação contratual, o foco de preocupação se orienta para a concretização das finalidades, com maior flexibilização e autonomia para o operador privado definir meios, métodos, técnicas e modos de agir para atingir metas.

O Direito Administrativo Econômico se afigura como um ramo mais voltado às normas finalísticas e não impositivas de condutas concretas, a impor que sejam mais flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos e contratuais viabilizadores dos interesses públicos<sup>102</sup>.

A regulação contribuiu, sobremaneira, para a elevação do resultado como um patamar a ser pragmaticamente perseguido. A regulação é, por essência, preceptiva de resultado<sup>103</sup>, com o reconhecimento de que a técnica de regulação, por indução ou por performance, pode alcançar os objetivos de modo mais eficiente do que alicerçado em uma regulação de meios<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> A busca pelo resultado deve orientar todo o processo de formulação da política pública. O precursor da expressão administração por resultados foi Massimo Severo Giannini, que apresentou uma visão crítica na prevalência do exame do ato e do procedimento sem a preocupação efetiva com o resultado. Sobre o tema ver: CORSO, Guido. Il risultato nella teoria dell' azione amministrativa. In: IMMORDINO, Maria. Aristide Police (Org.). Principio d illegalità e amministrazione di risultati: Attidel Gonvegno Palermo 27-28 febbraio 2003. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 97. Ver também SORRENTINO, Giancarlo. Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato. Napoli: Scientifica, 2003. Ainda, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradgimas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. SPASIANO, Mario R. Funzione amministrativa e legalità di risultato. Torino: Giappichelli, 2003. PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>102</sup> Nesse sentido ver MAS, Joaquim Torno. Discrecionalidad e intervención administrativa econômica. In: MARTÍNEZ, Eduardo Hinojosa; DOMINGUEZ, Nicolás González-Deleito (Orgs.). Discrecionalidade administrativa y control judicial. Madri: Civitas, 1996. p. 394-395. Ver também GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217.

<sup>103</sup> Ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 113. Ver GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. Revista de Contratos Públicos – RCP, Coimbra, Ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago. 2014.

<sup>104</sup> Nas palavras de Natália De Almeida Moreno: “Nessa linha, reconhecendo as ineficiências da regulação tradicional para endereçar principalmente problemas de financiamento e inovação dos setores em rede e a impossibilidade e incapacidade de as instâncias reguladoras tomarem decisões totalmente acertadas sob a lógica empresarial e comercial, atualizada doutrina e já alguns órgãos oficiais vêm defendendo a necessidade de deslocar-se a ótica da regulação dos meios para os fins, para os resultados e para a performance das companhias reguladas.”. (MORENO, Natália de Almeida. Smart Grids Modelagem Regulatória de Infraestruturas. Rio de Janeiro: Synergia, 2015, p. 180). Sobre o tema ver BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice. 2. Ed. New York: Oxford university Press Inc., 2012. BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. LSE Law, Society and Economy Working Papers, n.º 15/2007. London School of Economics and Political Science. Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/23105/1/WPS2007-17BlackandBaldwin.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

A ideia-chave de uma dimensão finalística do resultado se configurou como um valor transversal que permeou vários campos da atividade administrativa, mas que se frutificou com grande intensidade no Direito Administrativo Contratual<sup>105</sup>.

Especificamente no campo dos contratos de concessão, a estruturação e a modelagem alicerçadas no resultado guardam compatibilidade com a própria razão de ser da delegação, ou seja, agregar para a execução do objeto a *expertise* e o conhecimento do operador econômico na exploração e no desenvolvimento daquela determinada atividade.

O que efetivamente qualifica e tipifica o contrato de concessão é a atribuição da gestão de uma tarefa ou cometimento público para um cocontratante, que deve assumir os riscos do empreendimento e beneficiar-se dos resultados da sua exploração empresarial.

A predeterminação das condutas e dos encargos do cocontratante, com uma rígida fixação das obrigações de meio, restringe o potencial de acréscimo de eficiência que o cocontratante pode associar ao projeto concessional, engessando técnicas e modos de execução do objeto.

Todavia o fato é que, tradicionalmente, a regulação do contrato de concessão se caracterizava pela adoção de esquemas obrigacionais mais concentrados nos meios do que nos fins. Essa conformação contratual decorria da compreensão de que caberia ao projeto e contrato de concessão predeterminarem exaustivamente as obrigações, a conduta e as técnicas a serem utilizadas pelo cocontratante, praticamente, definindo todo o conteúdo material e substantivo do objeto a ser delegado.

Em certa medida, essa forma de concepção do projeto e do contrato de concessão refletia no estado da arte do Direito Administrativo com viés mais oitocentista, com o exercício da função administrativa calcado na unilateralidade, imperatividade e exclusividade da Administração Pública em definir os modos de atingimento dos interesses públicos. Isso foi amplamente modificado com intersecções cada vez mais

---

<sup>105</sup> Conforme VIEIRA, André Luís. Gestão de contratos administrativos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 3, n. 5, p. 9 - 32, mar./ago. 2014. GORDILLO, Augustín A. Los contratos administrativos. Contratos administrativos. Buenos Aires: Astrea, 1988. t. 1. ANDRADE, Fernanda Alves. Eficiência na gestão dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, Ano 9, n. 101, p. 22-25, mai. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=67073>>. Acesso em: 11 out. 2017. GUETTIER, Christophe. Droit des contrats administratifs. Paris: Thémis, 2011. BALBE, Ronald da Silva. Controle Interno voltado para resultados. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, Ano 12, n. 140, p. 42-63, out. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=81601>>. Acesso em: 11 out. 2017. RICHER, Laurent: Droit des contrats administratifs. 4.ed. Paris: L.G.D.J, 2004.

frequentes com a sociedade e o mercado, instaurando-se, dessa forma, relações mais dialógicas e participativas, como adiante individualizar-se-á.

Um exemplo permite melhor compreender como essa estrutura centrada na definição prévia dos métodos de agir do cocontratante prevalecia até pouco tempo atrás. Os contratos de concessão de rodovias federais, no Brasil, estabeleciam um conjunto de obras que o cocontratante estaria obrigado a realizar, delimitando previamente os meios e os modos necessários para se considerar o contrato cumprido e adequado<sup>106</sup>.

Partia-se da premissa de que ao cocontratante caberia desenvolver o conjunto das obras previamente determinado nos projetos e no próprio contrato. Sendo o meio tão importante, melhor seria que o próprio contraente público fixasse contratualmente as regras descritivas dos encargos do cocontratante. As obras, nesse exemplo cogitado, seriam determinantes para qualificar o atendimento do interesse público, porquanto implicariam melhorias efetivas na rodovia e, por conseguinte, na qualidade do bem colocado à disposição dos usuários.

Ao fim e ao cabo, se o cocontratante executasse os encargos e as obrigações de meio<sup>107</sup> estabelecidas pelo contraente público, estaria exonerado de uma execução eficiente do objeto e do próprio compromisso na obtenção do resultado desejado. Não se poderia atribuir ao cocontratante as consequências de a obra não ter atingido a finalidade pública esperada ou de eventuais deficiências técnicas na sua especificação. O seu

---

<sup>106</sup> Mencione-se, por exemplo, a cláusula 10.1.2 do contrato de concessão da BR 262/DF/GO/MG, que estipulava previamente o conjunto de obras que deverão ser realizados pela concessionária “10.1.2. A Concessionária deverá realizar: (i) as obrigações de investimento constantes do PER, que incluem obras e serviços prestados nas Frentes de Recuperação e Manutenção, Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível de Serviço, Frente de Conservação e Serviços Operacionais, nos prazos indicados; e (ii) todas as demais obras e intervenções necessárias ao cumprimento dos Parâmetros de Desempenho e demais Parâmetros Técnicos e Escopos estabelecidos no Contrato e no PER, nos prazos indicados.”. BRASIL. Concessões Rodoviárias. Disponível em: <[http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes\\_Rodoviaras.html](http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes_Rodoviaras.html)>. Acesso em: 11 out. 2016.

<sup>107</sup> Egon Bockmann e Fernando Vernalha tratam da diferenciação entre obrigações de meio e de resultado ao abordarem a possibilidade da estipulação de contratação integrada no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações. Confira-se: “Lembre-se que a doutrina – sobretudo a de direito privado – apresenta qualificação bipartida das obrigações contratuais: obrigações de meio e obrigações de resultado. Nestas, o cumprimento da obrigação só se dá quando a prestação devida atinge o objetivo predefinido pelas partes. Naquelas, não obstante haja um fim a ser atingido, o contrato se satisfaz com o comportamento diligente da parte: o cumprimento obrigacional não é dependente do resultado. Os exemplos recorrentes são os dos contratos com médicos e advogados (obrigações de meio) *versus* os contratos de transporte e com artistas plásticos (obrigações de resultado). [...] No caso das obrigações de resultado, o credor pode exigir do devedor não só a prestação devida (o objeto contratual: a ação ou omissão contratualmente definida), mas também a finalidade a que se visava por meio dela. À mera conduta do devedor deve ser acrescentado algo concreto no mundo dos fatos; exige-se um *plus* existencial que antes não se tinha; não basta fazer o possível e exercitar os melhores esforços: para o cumprimento contratual é imprescindível atingir o resultado.” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 208-209).

compromisso se circunscrevia, em última análise, no cumprimento diligente dos encargos impostos pelo contraente público.

Em certa medida, havia uma tênue aproximação com a racionalidade do tradicional contrato de empreitada<sup>108</sup>, esse sim caracterizado, como regra, por uma prévia definição das condições e especificações técnicas pelo contraente público nos projetos básico e executivo, disciplinando, minuciosamente, os termos e os modos de execução do contrato.

A modelagem dos contratos de concessão calcada na descrição detalhada dos encargos e obrigações do cocontratante acarreta, ao ângulo da gestão contratual, algumas dificuldades operacionais e problemas de *enforcement*.

Primeiro, porque incrementa, sobremaneira, o ônus fiscalizatório do contraente público, que se impõe o dever de atestar se as obrigações de meio e as suas escolhas técnicas estão sendo corretamente implementadas. Para além disso, aumenta-se a possibilidade de litigiosidade a partir da maior probabilidade na ocorrência de divergências técnicas a propósito do cumprimento adequado dos encargos fixados no contrato, por conseguinte, tornando complexa sua execução.

Segundo, essa forma de estruturar e regular o contrato de concessão submete o cocontratante a uma rígida forma de atuar, o que incide em uma *contradictio in terminis*, visto que a lógica de colaboração com o setor privado pressupõe o acréscimo de eficiência que o operador econômico possa agregar na consecução das tarefas públicas submetidas a uma exploração com conotação empresarial<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Diz-se tênue aproximação porque, mesmo com uma conformação descritiva das obrigações do cocontratante nos contratos concessionais, este modelo contratual se alicerça na ideia de que os investimentos são antecipados pelo cocontratante, amortizados ao longo da execução do contrato e, por vezes, remunerados pelas tarifas pagas pelos usuários. Difere profundamente dos contratos de empreitada, quando a remuneração do cocontratante advém de recursos do contraente público e não da antecipação de investimentos privados e vai sendo paga de acordo com o cronograma de execução da obra. Ademais, nem todo regime de execução de obra pública é assim. A contratação integrada - prevista expressamente no artigo 9º, da Lei n.º 12.462, de 04.08.11, que criou o Regime Diferenciado de Contratação - caracteriza-se exatamente pela possibilidade do cocontratante elaborar os projetos básico e executivo, agregando a sua eficiência na concepção da obra. Não é, entretanto, um regime de execução de obra pública rotineiro, devendo ser técnica e economicamente justificado e cujo objeto envolve uma das seguintes condições: inovação tecnológica ou técnica, possibilidade de execução com diferentes metodologias e possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. Sobre o tema, ver GARCIA, Flavio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Comentários ao RDC integrado ao sistema brasileiro de licitações e contratações públicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 210 - 211.

<sup>109</sup> Conforme explica Gustavo Binenbojm: “Outra vantagem comparativa da regulação por incentivos é o estímulo à inovação tecnológica e gerencial, uma vez que os agentes econômicos também poderão ser beneficiar dos seus próprios avanços, ao invés de ficarem amarrados aos rígidos padrões estabelecidos em normas cogentes”. (BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação e Regulação. Transformações

Mas não é só. Os contratos de concessão estruturados a partir da racionalidade de imposição de obrigações de meio acarretam, ainda, maiores problemas no que se refere à mutabilidade e aos ajustes necessários ao longo de sua execução.

A textura mais inflexível e exaustiva dos comportamentos e condutas do cocontratante nos contratos de concessão pode causar a necessidade de celebração de mais termos aditivos e de alterações no conjunto de obrigações previamente pactuado. Isso porque as precificações rígidas e detalhadas, estabelecidas *ex ante*, tendem a desatualizar-se com maior rapidez, considerando as circunstâncias técnicas, econômicas, financeiras, sociais e políticas que podem surgir durante a execução do contrato duradouro. Assim, por exemplo, aquele conjunto de obrigações de meio pode não fazer mais sentido diante de uma superveniente mudança no atendimento do interesse público ou com o surgimento de uma tecnologia mais inovadora que apresente melhor relação custo-benefício.

Logo, estruturar esses contratos a partir de obrigações de meio definidas à partida e com a equivocada pretensão de completude em uma relação duradoura pode produzir, como principal consequência, indesejáveis renegociações e, por conseguinte, a possibilidade de litígios entre os contratantes, o que não atende, evidentemente, o interesse público.

J. Luis Guasch (2014)<sup>110</sup> esclarece, após profundo estudo realizado em mais de mil contratos de concessão, que as renegociações foram mais recorrentes quando os contratos continham obrigações de investimento (70%) do que quando incluíram obrigações de performance (18%).

Não se está, é bom que se diga, afirmando que os contratos de concessão não comportam, em nenhuma hipótese, obrigações de meio. Como assentado anteriormente, uma das características da regulação contratual é a singularidade de cada setor e de cada contrato, que, por essa razão, pode conter especificidades que justifiquem, pontualmente ou, mesmo, na sua integralidade, uma estruturação mais focalizada nos meios do que nos fins<sup>111</sup>.

---

Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 167).

<sup>110</sup> GUASH, J. Luis. WBI Development Studies. Washington D.C: World Bank Institute, 2004. p.16: “Renegotiation was also much more likely when concession contracts contained investment requirements (70 percent) than when they included performance indicators (18 percent).” Sobre o alto índice de renegociação nas concessões de transportes na América Latina ver MOORE, A., S. Straub and J-J Derthier. Regulation, renegotiation and capital structure: theory and evidence from Latin American transport concessions. Journal of Regulatory Economics, 2013, p. 218-219.

<sup>111</sup> Em determinadas situações, como assevera Maurício Portugal Ribeiro<sup>111</sup>, pode não ser viável ou, mesmo, eficiente definir as obrigações do contratado como de resultado ou de desempenho, o que pode decorrer,

O que parece relevante é que tais escolhas sejam devidamente motivadas, com um reforço no ônus argumentativo pela não adoção de uma regulação contratual por resultado ou por performance, porquanto se apresente como uma modelagem inegavelmente mais vantajosa para o interesse de ambos os contratantes, alinhando-se com a tendência mais moderna do Direito Administrativo contemporâneo.

Isso porque, na regulação contratual por resultados, confere-se ao cocontratante liberdade de meios e escolhas, a fim de que os insumos, a tecnologia, os equipamentos - entre tantos outros fatores relevantes para executar contratos que, como regra, são dotados de maior complexidade - tenham sua valoração sobre o custo-benefício no campo de esfera de decisão do cocontratante e não do contraente público.

Essas escolhas desvelam opções de natureza empresarial e estão diretamente ligadas à premissa conceitual de que a gestão dos contratos de concessão<sup>112</sup> deve ser atribuída ao cocontratante, a quem incumbe fazer as escolhas operativas sobre o modo mais razoável e eficaz de desempenhar suas atribuições e atingir as finalidades e metas às quais se obrigou contratualmente.

A dinâmica da regulação contratual por resultados se vale da prescrição das finalidades, das metas e dos objetivos que devem ser alcançados pelo cocontratante durante a execução do objeto. A regulação por resultados pressupõe, portanto, um ambiente mais flexível para que o particular agregue a eficiência que, em tese, justifica sua atuação em áreas de agudo interesse público.

O aspecto relevante a se destacar e que guarda importância com o tema central ora em estudo, é que a regulação contratual por resultado ou por performance favorece a flexibilidade e a mutabilidade inerentes às relações contratuais duradouras. Explica-se: quanto maior a autonomia do cocontratante na implementação de metodologias - sempre agudamente impactadas pela evolução tecnológica - maior será a capacidade de adaptação contratual. Com esquemas regulatórios-contratuais que não congelem os modos de

---

exatamente, das peculiaridades do setor ou da situação a ser regulada no contrato. Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs. Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 75.

<sup>112</sup> Não é, frise-se, uma exclusividade dos contratos concessionais. Nos contratos celebrados no campo do terceiro setor, com instituições sem fins lucrativos, a racionalidade é idêntica, ou seja, o contrato será corretamente executado se as metas e os resultados foram atingidos. Sobre o tema, ver SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C, Belo Horizonte, Ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011. PEREIRA, Paulo Pinto. Os contratos de gestão de eficiência energética no direito português e no direito da União Europeia: natureza jurídica e regime substantivo. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 3, n. 4, p. 189 - 219, set. 2013/fev. 2014. MODESTO, Paulo. Contrato de gestão no interior da organização administrativa como contrato de autonomia. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, Ano 8, n. 30, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=69425>>. Acesso em: 16 out. 2017.

execução do objeto, permite-se a absorção e o estímulo à inovação tecnológica e gerencial do cocontratante com um pacto mais fluido e maleável.

Isso não significa que a regulação contratual por resultado elimine completamente a necessidade de futuras adequações no curso da execução do objeto. Afinal, a mutabilidade é inerente aos contratos de concessão duradouros, sendo necessário criar condições que racionalizem a complexa tarefa de ajustamento das suas condições e dos seus termos à realidade mutante e cambiável das estruturas sociais, políticas, econômicas, financeiras e, principalmente, tecnológicas, constantemente, impactadas por inovações e circunstâncias supervenientes e imprevisíveis.

Mas, certamente, ao não engessar a execução do contrato a padrões técnicos ou operacionais - que melhor se colocam na esfera de atuação do cocontratante - a regulação por contrato restringe e reduz a necessidade de sucessivas alterações contratuais que, fatalmente, ocorreriam para atualizar os modos de execução do objeto à luz das novas circunstâncias.

É tarefa cardeal da regulação contratual lidar com a paradoxal situação de conferir segurança jurídica nos contratos de concessão duradouros, mas reconhecendo e lidando com a inexorável circunstância de que fatos imprevisíveis, novas realidades ou situações completamente fora do controle poderão suceder-se ao longo da sua execução. Mas não se deve esperar da regulação contratual uma forma de estruturação de obrigações e finalidades, que seja incentivadora de constantes alterações e sucessivos aditamentos, o que não é desejável para nenhum dos contratantes e, muito menos, para o atendimento do interesse público.

Um exemplo de regulação contratual que se ajusta aos resultados efetivos e observa a capacidade adaptativa a realidades e fatos ainda não inteiramente cognoscíveis é o denominado “gatilho de investimentos”, utilizado nas concessões aeroportuárias<sup>113</sup> recentemente realizadas no Brasil e, também, em algumas concessões rodoviárias<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Veja-se o exemplo do contrato de concessão do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão, que estabeleceu expressamente o mecanismo do gatilho de investimento: “corresponde ao momento no tempo indicado no Plano de Gestão da Infraestrutura - PGI em que a Demanda Prevista ensejará a obrigação de a Concessionária iniciar os investimentos com vistas à manutenção do nível de serviço, estabelecido, conforme os Parâmetros Mínimos de Dimensionamento; [...] 2.35. A cada evento de Gatilho de Investimento, a Concessionária deverá apresentar à Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, em até 90 (noventa) dias, o Anteprojeto dos investimentos com vistas à manutenção do nível de serviço, previstos no PGI vigente”. BRASIL. Concessões. Disponível em: <[http://www2.anac.gov.br/Concessoes/galeao\\_confins/](http://www2.anac.gov.br/Concessoes/galeao_confins/)>. Acesso em: 14 out. 2016.

<sup>114</sup> O gatilho de investimento foi previsto no Contrato de Concessão da Rodovia Federal BR/101 – Divisa ES/RJ. Veja-se o teor da cláusula 8.4: “8.4 Obras condicionadas ao volume de tráfego. 8.4.1 As obras condicionadas ao volume de tráfego são aquelas constantes do item 3.3 do PER, e correspondem às obras e serviços de ampliação da capacidade do Sistema Rodoviário cuja execução dependerá do volume de



Nesse tipo de contrato, ao invés, por exemplo, de o contrato de concessão estabelecer previamente quando e como as obras nos terminais aeroportuários deverão ser concluídas, prevê-se a necessidade de os investimentos serem realizados pelo cocontratante apenas quando a demanda atingir um determinado patamar. Então, se houver um aumento da demanda ou mesmo dos níveis de tráfego inicialmente projetados, dispara-se o gatilho de investimentos e inicia-se o dever do cocontratante na execução das obras que serão indispensáveis à manutenção dos níveis de serviços fixados no contrato<sup>115</sup>.

Como se vê, trata-se de uma tecnologia contratual que, sem determinar previamente o momento na realização dos investimentos, adapta-se à concretização do resultado e ao atendimento ao interesse público. A regulação contratual focaliza-se no *output* e condiciona o início das obrigações meio (as obras), a partir de determinado nível da demanda, tudo com vistas à manutenção da qualidade e da eficiência na prestação do serviço.

É a regulação contratual reconhecendo a sua incapacidade *ex ante* em predeterminar todas as situações e obrigações do cocontratante, mas antecipando futuras ocorrências, demandas, necessidades, expansões e adaptações no próprio instrumento

---

tráfego constatado ao longo do Prazo da Concessão, na forma deste Contrato e do PER. 8.4.2 As obras condicionadas de cada um dos subtrechos do Sistema Rodoviário descritos no PER deverão estar concluídas até 12 (doze) meses contados da data em que for verificado que o VMD-Móvel do respectivo subtrecho atingiu o volume de veículos indicado na Tabela 3.1, para duplicação, e na Tabela 3.2, para faixas adicionais, constantes do item 3.3 do PER. 8.4.3 O não cumprimento da obrigação das subcláusulas anteriores sujeitará a Concessionária à aplicação das penalidades previstas neste Contrato, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mediante aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio previsto na subcláusula 20.6 deste Contrato.”. BRASIL. Concessões. Disponível em: <[http://www.ebpbrasil.com/ebp2014/web/conteudo\\_pti.asp?idioma=0&tipo=52328&conta=45&id=197869](http://www.ebpbrasil.com/ebp2014/web/conteudo_pti.asp?idioma=0&tipo=52328&conta=45&id=197869)>. Acesso em: 14 out. 2016.

<sup>115</sup> Carlos Alvares Campos Neto explica o mecanismo do gatilho de investimento: “A partir da premissa de segurança quanto à qualidade dos serviços prestados pela concessionária ao longo da concessão, outro elemento positivo e inovador incorporado ao contrato é o chamado Gatilho de Investimento. Tal gatilho corresponde ao momento indicado no PGI em que a demanda prevista determinará a obrigação da concessionária iniciar os investimentos com vistas à manutenção do nível de serviço, estabelecido conforme os indicadores dos parâmetros mínimos de dimensionamento. Isto é, se houver crescimento da demanda ou dos níveis de tráfego acima do projetado, será disparado o Gatilho de Investimento, fazendo com que a concessionária execute as obras necessárias à garantia do nível de serviços previamente estabelecidos.” (CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Aeroportos no Brasil: investimentos e concessões. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6816/1/Radar\\_n18\\_Aeroportos.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6816/1/Radar_n18_Aeroportos.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2016). Sobre o tema, veja-se a reportagem constante do jornal Valor Econômico: “Pelo sistema de “gatilho”, a concessionária compromete-se a fazer a duplicação somente no momento em que a rodovia atingir um volume de tráfego preestabelecido. A avaliação é de que o modelo dá mais segurança às empresas, pois o investimento na duplicação só é realizado quando a demanda da rodovia é confirmada na prática. “É um conceito em que a demanda determina a necessidade da infraestrutura”, explicou uma fonte que participa das discussões no Ministério dos Transportes.” (CAMAROTTO, Murilo. Concessão de rodovias poderá adotar ‘gatilho’. Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4021984/concessao-de-rodovias-podera-adoptar-gatilho>>. Acesso em: 10 out. 2016).

contratual, incorporando a mutabilidade como um elemento esperado e inerente à estruturação do objeto.

Essa solução adere mutabilidade e flexibilidade como elementos intrínsecos ao contrato, dessa forma, blindando eventuais questionamentos de terceiros. Não se cogita de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou da concorrência, porquanto sabido, desde o início, que esses eventos futuros, caso ocorram, gerariam determinadas consequências e modificações no pacto original firmado entre as partes.

Na essência, o contrato é modificado e alterado (afinal, constroem-se novas pistas na rodovia ou outro terminal de passageiros no aeroporto), mas como uma decorrência imanente e própria da sua estrutura regulatória que incorpora a mutabilidade como um elemento ínsito ao próprio contrato.

Enfim, a regulação por resultado dos contratos de concessão viabiliza uma textura contratual mais maleável, que permite maior capacidade de adaptação e flexibilidade, o que se alinha com uma regulação contratual contemporânea voltada precipuamente aos resultados. A mutabilidade já integra as estruturas concessionais regulatórias modernas, aderindo e incorporando a flexibilidade como um elemento ínsito à sua execução.

A mencionada mutabilidade endocontratual<sup>116</sup>, integrante da substância original do contrato, apresenta como principal característica a mudança permanente do contrato. Essa moderna tecnologia contratual contribui para elevar o patamar de governança e gestão dos contratos, reduzindo, drasticamente, as complexas renegociações entre as partes, contribuindo para uma execução mais eficiente e escorreita dos contratos de concessão.

Outro aspecto fundamental é que a regulação por resultado dos contratos de concessão deve amparar-se em parâmetros objetivamente aferíveis. Com efeito, se a estratégia regulatória se volta para a indução do operador econômico privado para alcançar metas, objetivos e finalidades previamente definidos no contrato, torna-se indispensável a fixação de indicadores de desempenho que sejam objetivamente monitoráveis e vinculados diretamente ao sistema remuneratório<sup>117</sup>, com a criação de

---

<sup>116</sup> Conforme já se teve a oportunidade de sustentar em GARCIA, Flávio Amaral. A Mutabilidade nos Contratos Concessionais: Aspectos Endocontratuais e Procedimentais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Orga.). O Direito Administrativo na Atualidade. Estudos em Homenagem ao Centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017. p. 426 - 441.

<sup>117</sup> Maurício Portugal Ribeiro esclarece: “Quanto mais o indicador de desempenho se focar no resultado final (*output*), nas características objetivas do serviço, mais espaço terá a iniciativa privada para gerar ganhos de eficiência que, se o contrato e a licitação forem estruturados adequadamente, serão pelo menos parcialmente compartilhados com o usuário e o Poder Público. [...] Além disso, o ideal é que o indicador de desempenho seja objetivo, verificável e, se nos permitirem usar um neologismo, monitorável. É preciso

incentivos econômicos que traduzam uma equação simples: quanto maior a eficiência na execução do contrato e no atingimento das finalidades, maior a remuneração do parceiro privado.

A moderna tecnologia regulatória tem adotado essa aferição dos resultados por meio de indicadores de desempenho, como é o caso da recente modelagem dos aeroportos no Brasil<sup>118</sup>.

A mensuração objetivamente definida no contrato da qualidade desejada e das metas definidas para cumprimento pelo cocontratante é, de acordo com esta pesquisa, pressuposto de uma regulação por resultado eficiente nos contratos de concessão. É indispensável a sedimentação de uma cultura de permanente avaliação e medição nos arranjos contratuais duradouros, sempre, a partir de parâmetros objetivos que, inclusive, permitirão o efetivo exercício do controle externo sobre a eficiência na execução do objeto.

Para avaliar o atendimento dos indicadores de desempenho pelo cocontratante, poderá o contraente público receber o auxílio externo de sociedades empresárias privadas que o apoiem no desenvolvimento dessa importante tarefa fiscalizatória, que, ao fim e ao cabo, poderá aquilatar se a finalidade pública está sendo atendida, bem como se os parâmetros de eficiência na execução do objeto foram alcançados.

Costumam os contratos de concessão apoiar-se na contratação de sociedades empresárias especializadas, mais conhecidas como verificadores independentes, para dar suporte técnico ao contraente público na averiguação dos indicadores de desempenho fixados no contrato. Nos contratos de concessão, em especial, nas modalidades de

---

que seja possível para o Poder Público monitorar facilmente o indicador de desempenho, se possível eletrônica ou mecanicamente por meios automáticos que prescindam da avaliação humana. Isso é viável em diversos casos.” (RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs. Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 70).

<sup>118</sup> Como exemplo, o contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro - Galeão determina que até 16 (dezesseis) indicadores serão considerados para a análise do desempenho da concessionária. Confira-se: “Os Indicadores de Qualidade de Serviço incluem os seguintes aspectos: • Serviços diretos; • Disponibilidade de equipamentos; • Instalações do lado ar; • Sistema de Pistas; • Pesquisa de satisfação dos passageiros. Até 16 (dezesseis) indicadores serão considerados no cálculo anual do fator Q para seu decréscimo, dentre os quais um número limitado será elegível para bonificação por superação de metas de desempenho. O fator Q resultante será aplicado ao reajuste tarifário, conforme fórmula prevista no Contrato de Concessão, e poderá variar de 7,5% (sete e meio por cento) de decréscimo a 2% (dois por cento) de bônus. Por ocasião do cálculo do reajuste anual, a Concessionária poderá apresentar para avaliação da ANAC informações e esclarecimentos sobre fatos, atividades e serviços desempenhados por delegatárias ou órgãos públicos e empresas aéreas que tenham impactado na qualidade dos serviços prestados no aeroporto.” (BRASIL. Concessões. Disponível em:

<[http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/galeao/documentos-relacionados/contrato-de-concessao/anexo-02-plano-de-exploracao-aerportuariapea.pdf/@@download/file/Anexo%2002%20Plano%20de%20Explora%C3%A7%C3%A3o%20Aerportu%C3%A1ria%20\(PEA\).pdf](http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/galeao/documentos-relacionados/contrato-de-concessao/anexo-02-plano-de-exploracao-aerportuariapea.pdf/@@download/file/Anexo%2002%20Plano%20de%20Explora%C3%A7%C3%A3o%20Aerportu%C3%A1ria%20(PEA).pdf)>. Acesso em: 10 out. 2017).

parcerias público-privadas, é bastante comum recorrer-se à figura dos verificadores independentes para auxiliar o ente público na averiguação dos indicadores de desempenho fixados no contrato<sup>119</sup>.

Tais contratos são desenhados a partir de objetos extremamente complexos e sofisticados, sendo razoável supor que não disponha o governo da *expertise* indispensável para auferir a qualidade da prestação<sup>120</sup>, o que decorre da natural assimetria existente entre o setor público e o setor privado.

Sem embargo das visões críticas que alertam sobre os riscos desse tipo de contratação<sup>121</sup>, não se identifica, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer vedação ou restrição a que os entes públicos contratem especialistas que os apoiem na missão de aferição dos indicadores de desempenho pelos cocontratantes<sup>122</sup>.

Ademais, é importante destacar que a regulação do contrato de concessão por resultado pressupõe a determinação de metas factíveis. As finalidades devem estar atreladas aos objetivos que melhor efetivarão os interesses e as políticas públicas contratualizadas, mas devem ser, sobretudo, viáveis.

---

<sup>119</sup> Bruno Aurélio explica a importância do verificador independente nas parcerias público-privadas estruturadas no Estado de Minas Gerais: "O risco de submissão ao crivo exclusivo da autoridade pública para avaliação de desempenho dos parceiros privados poderia esvaziar a prescrição da Lei n.º 11.079, que permite vincular a remuneração do parceiro privado ao seu desempenho. Visando dar eficácia a esta pretensão legislativa, coube à autoridade, além de fixar critérios objetivos de avaliação, agregar ao contrato a figura de um terceiro que, de forma independente, pudesse fiscalizar o cumprimento do contrato, verificando o desempenho do parceiro privado. Neste diapasão, todos os contratos sob análise preveem a possibilidade de ser contratado um verificador independente que irá atribuir nota à execução, condicionando parcela de sua remuneração." (AURÉLIO, Bruno. Novos paradigmas na relação Público-Privado: estudo de caso: as primeiras PPPs Mineiras. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte: Ano 3, n. 6, p. 149 - 167, jul./dez. 2014). O uso de verificadores independentes em Parcerias Público-Privadas é comum em países estrangeiros. Por exemplo, nos Estados Unidos, o Departamento de Transportes assim conceitua: "*The independent verifier serves as an objective third party to generally administer (certify pay requests, etc.) and review (check compliance with requirements, make onsite visits, etc.) the project during design and construction. The payment schemes and contractual relationships used for the independent verifier varied.*" (USA. Departamento de Transporte dos Estados Unidos. *International Technology Scanning Program. Public-Private Partnerships for Highway Infrastructure: Capitalizing on International Experience*. 2009. Disponível em: <<http://international.fhwa.dot.gov/pubs/pl09010/pl09010.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016).

<sup>120</sup> Seria razoável que, no escopo dessas contratações de apoio para fins de fiscalização e gerenciamento de contratos, fosse incluso, como obrigação do cocontratante, repassar o seu conhecimento para os agentes públicos, por meio de cursos, treinamentos e outros mecanismos de transferência de *knowhow*, com a diminuição da assimetria de informação decorrente da melhor qualificação do corpo técnico do Governo.

<sup>121</sup> Pedro Gonçalves anota a existência de doutrina que apresenta uma visão crítica à delegação a terceiros da função de gestão e fiscalização dos contratos, por se tratar de uma função estratégica da Administração, que passa a lidar com uma complexa cascata de contratos, criando um perigoso desequilíbrio entre principal e agente. GONÇALVES, Pedro António P. Costa. *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*. In: *ESTUDOS de Contratação Pública – III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.27.

<sup>122</sup> A contratação do verificador independente deve ser uma atribuição do contraente público, não podendo ficar a cargo do cocontratante. Seria como admitir que o fiscalizado contratasse o seu fiscal, aumentando o risco de fraudes e conluios.

Metas inalcançáveis, excessivamente ambiciosas ou que não possam ser controladas por meio de parâmetros objetivos podem causar frustração na execução do ajuste, além de aumentar o potencial gerador de indesejáveis litígios. Esse ponto é relevante para os fins do estudo da mutabilidade. Imagine, pois, que metas irreais tenham sido pactuadas e, iniciada a execução do contrato, faz-se necessária uma revisão dos objetivos e finalidades para readequação do interesse público. Identifica-se, então, um problema na origem e de natureza concorrencial.

Metas ou resultados irrealizáveis ou mesmo despidos de objetividade no controle dos indicadores de desempenho produzirão, como possível consequência, o afastamento de potenciais licitantes capacitados e habilitados a executar o objeto, visto que, diante de uma modelagem do objeto e dos resultados a serem atingidos desconectada da realidade, pode-se frustrar os objetivos de uma real e efetiva competição na licitação.

Existe, ainda, a real possibilidade de atrair licitantes orientados por comportamentos oportunistas e que estejam em melhores condições de renegociar futuramente os termos do contrato, em razão, por exemplo, de circunstâncias políticas. Conforme esclarece J. Luis Guasch (2004)<sup>123</sup>, a licitação, provavelmente, não selecionará o competidor mais eficiente, mas aquele mais hábil em realizar futuras renegociações.

#### 2.2.4 A construção dialógica do contrato de concessão

Uma das mais significativas mudanças de paradigma do Direito Administrativo se operou no campo da efetiva participação do administrado, que deixa de figurar como sujeito passivo dos atos administrativos unilateralmente impostos e passa a interagir, dialogar, influir e participar ativamente do processo de formação da decisão administrativa.

Hodiernamente, é possível afirmar que a dogmática do Direito Administrativo reconhece a posição de centralidade que o cidadão/administrado ocupa, não mais ostentando *status* de súdito e de mero destinatário da vontade imperativa do agente público<sup>124</sup>. Em outros termos, o aparato administrativo põe-se funcionalizado no sentido

---

<sup>123</sup> GUASH, J. Luis. WBI Development Studies. Washington D.C: World Bank Institute, 2004. p.19: “*If bidders believe that renegotiating is feasible and likely, however, their incentives and bidding will be affected, and the auction will likely select, not the most efficient provider, but the one most skilled at renegotiations.*”.

<sup>124</sup> Sobre o tema, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDES, Tomás-Ramon. Curso de derecho administrativo. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000. IRELLI, Vincenzo Cerulli. Curso di diritto amministrativo. Turim: Giappichelli, 2000. MEDAUAR, Odete. Direito

de tornar-se efetivo instrumento de concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos e da sua dignidade enquanto pessoa humana<sup>125</sup>.

Conquanto não seja o objetivo do presente trabalho investigar as causas desse fenômeno, é certo que a crise na democracia representativa - vivenciada, sobretudo, no segundo pós-guerra - e a percepção da insuficiência da lei (enquanto expressão da vontade geral) para atender às complexas e dinâmicas demandas das sociedades contemporâneas reacenderam o debate sobre a necessidade de uma democracia que fosse mais fortemente participativa<sup>126</sup>.

Especificamente, no campo do Direito Administrativo, essa maior intensidade da participação do administrado revelou-se como uma tendência irreversível nos mais diferentes ordenamentos jurídicos<sup>127</sup>, assim, contribuindo, sobremaneira, para uma Administração Pública mais democrática, dialógica e consensual nos seus variados setores de atuação.

---

Administrativo Moderno. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. SILVA, Vasco Manual Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1996. CASSESE, Sabino. Derecho Administrativo: Historia y Futuro. Milão: Giuffrè, 2010.

<sup>125</sup> Sobre o tema, ver CHEVALIER, Jacques. Le Droit Administratif entre Science Administrative Et Droit Constitutionnel. Disponível em: <[https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/31/jacques\\_chevallier2.pdf\\_4a028e63cb69e/jacques\\_chevallier2.pdf](https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/31/jacques_chevallier2.pdf_4a028e63cb69e/jacques_chevallier2.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2017. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed, 1985. t. 1.

<sup>126</sup> Ver dentre tantos outros: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia entre Facticidade e Validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Mutações Juspolíticas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Faz-se importante destacar que a discussão não se circunscreve ao Direito, mas envolve intenso debate, principalmente, nos campos da Filosofia e da Ciência Política.

<sup>127</sup> Mencione-se, a título de exemplo, Portugal que expressamente consagra a participação administrativa no artigo 267, 1 da sua Constituição. Igualmente a Espanha trata da participação no artigo 105, a e c da sua Constituição. Deve ser feita, ainda, importante referência à Itália, porquanto a Lei n.º 241/1990 consagrou expressamente a participação e a consensualidade nos procedimentos administrativos daquele país. No Brasil, não obstante a participação não esteja explicitamente prevista na Constituição Federal, cabe mencionar, entre outras, a regra do §3º, do artigo 37, incluída pela Emenda Constituição n.º 19/1998 e que interessa mais detidamente ao objeto em estudo, quando determina que a lei disciplinará as formas de participação do usuário dos serviços públicos na Administração Pública direta e indireta. A lei que regulamentou o referido dispositivo constitucional, disciplinando as formas de participação dos usuários dos serviços públicos foi a Lei n.º 13.460, de 26.06.17. Também, no âmbito da *Common Law*, Patrícia Baptista, amparada nos ensinamentos de CRAIG, Paul. Administrative Law. London: Sweet & Maxwell, 1999, anota que a participação administrativa é tratada sob duas ordens de consideração distintas: "(i) *right to a fair hearing* (direito procedimentais de fundamentação, de ouvir testemunhas, a um interrogatório justo, à representação legal), mais se assemelhando ao princípio do *due process of law* americano; (ii) *the right to a consultation* (quer na esfera do exercício do poder regulador – *rule-making*, quer no planeamento de políticas públicas pela Administração Pública (*policy-making*)).". BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 150. No mesmo sentido, ver BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 78.

A colaboração da sociedade civil no processo decisório administrativo é cada vez mais acentuada<sup>128</sup>, não apenas em matéria de contratos, mas em distintos campos das atividades administrativas<sup>129</sup>. Nas suas heterogêneas dimensões, a participação do administrado se tem revelado preponderantemente ativa, direta e incisiva, não mais se colocando como um destinatário passivo de uma vontade hegemônica, abstrata e unilateral do contraente público, ainda que existam algumas visões críticas sobre o tema<sup>130</sup>.

A participação administrativa produz tantas e importantes consequências, podendo-se inferir que as decisões tendem a ser mais eficientes (porquanto recebem os *inputs* do administrado, o que permite tomar uma decisão com maior qualidade), consensuais (eis que não impostas exclusivamente a partir de modos de agir unilaterais e imperativos), efetivas (já que quanto maior for a participação do administrado, menor será a resistência para o seu cumprimento), responsivas (eis que desenvolvem maior grau de responsabilidade para os administrados, que tendem a não mais se comportar passivamente para esperar a edição do ato), transparentes (pois ensejam mais visibilidade no *iter* percorrido para a tomada da decisão) e justas (na medida em que a coleta de mais informações e de diferentes pontos de vista propicia a prolação de decisão equitativa que melhor atenda a todos os interesses envolvidos).

Assim, é evidente que a decisão final continua a ser de responsabilidade da Administração Pública, mas permeada de elementos, informações e visões colaborativas

---

<sup>128</sup> Cf. GIANNINI, Massimo Severo. Diritto Amministrativo. Milão: Giuffrè, 1988. v. I, p. 109. PEREZ, Marcos Augusto. A Administração Pública Democrática. Institutos de Participação Popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Para Mario Nigro, o Estado procura introduzir o mais de sociedade possível para a esfera estatal, atraindo o maior número de interesses sociais, garantindo a defesa e a gestão aos seus titulares. NIGRO, Mario. Il nodo dela partecipazione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile, Milão, v. 34, n. 1, p. 230, 1980.

<sup>129</sup> Para Jody Freedman: "*Collaborative governance is characterized by the following features: [...] Participation by interested and affected parties in all stages of the decision-making process. Broad participation has an independent democratic value and may facilitate effective problem solving. It may take different forms in different contexts.*" (FREEMAN, Jody. Collaborative Governance in the Administrative State. New York: University Law Review, 2000. Disponível em: <<http://www.heinonline.org>>. Acesso em: 02 out. 2017).

<sup>130</sup> Patrícia Baptista, recorrendo às lições do administrativista americano MASHAW, Jerry. Greed, Chaos & Governance: Using Public Choice to improve Public Law. New Haven: Yale University Press, 1997, aponta para os perigos da *overintrusion*, ou seja, a intromissão excessiva nos processos participativos dos interesses organizados e corporificados em associações, sindicatos, cartéis, partidos políticos, provocando o desamparo dos interesses individuais e a *underprotection* caracterizada pela falta de conhecimento e compreensão integral do homem comum, por determinado egoísmo que os deixa preocupados apenas com a realização dos seus interesses individuais e os custos da participação administrativa, em termos de tempo, recursos financeiros e disposição para buscar as informações. BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 162 - 165. A participação administrativa não pode, igualmente, acarretar o imobilismo no processo decisório diante de um acúmulo excessivo de informações, sob pena de não atender ao princípio da eficiência.

e participativas da sociedade que, seguramente, expandem a qualidade e a legitimidade da decisão administrativa<sup>131</sup>.

Não por outra razão, o processo administrativo se apresenta como a matriz por excelência da participação administrativa, constituindo-se no meio adequado para identificar, articular, ponderar e arbitrar os distintos interesses que nele convergem, alterando profundamente o marco teórico do Direito Administrativo tradicional, estruturado, nos primórdios, a partir do poder da autoridade estatal. O eixo central da produção das decisões administrativas deixa de ser o ato (imperativo e unilateral) e passa a ser o processo (consensualizado e dialético), conforme percebido pela doutrina administrativista contemporânea<sup>132</sup>.

A processualização instrumentaliza a transparência e a motivação no itinerário da formação das decisões e escolhas administrativas, contribuindo, reflexamente, para o aprimoramento no controle mais eficiente do exercício das competências discricionárias e do próprio mérito administrativo, antes protegido pelas vestes de genéricos interesses públicos invocados para justificar decisões voluntaristas.

Ademais, a efetiva participação do administrado é um dos importantes fatores a afastar uma definição hermética de interesse público, antes absoluto, inegociável, rígido, inflexível, unilateral e impenetrável. Quanto mais dialética a relação com o administrado, maior a permeabilidade na definição dos lindes do interesse público em cada situação concreta, despindo-se, os entes públicos, de uma postura predominantemente imperativa, mas deferente ao diálogo, ao consenso e à negociação.

No plano do Direito Administrativo Contratual Contemporâneo, ponto que nos interessa examinar mais detidamente, identifica-se como reflexo dessa paradigmática mudança uma relação intensivamente mais dialógica com o mercado e com a sociedade

---

<sup>131</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva explica: “Isto porque a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correcta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante fator de legitimidade e de democraticidade de actuação da Administração Pública.” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 1996. p. 402). Ver, ainda, GALLIGAN, Denis J. Due Process and Fair Procedures: a Study of Administrative Procedures. Oxford: Clarendon Press, 1996.

<sup>132</sup> Ver CASSESSE, Sabino. Las Bases Del Derecho Administrativo. Madrid: INAP, 1994. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1996; BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. NIGRO, Mario. Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel Bilancio di Dieci Anni di Giurisprudenza. In: ALLEGRETTI, Umberto; ORSO BATTAGLINI, Andrea; SORACE, Domenico. Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel Bilancio di um Decennio di Giurisprudenza. Rimini: Maggioli, 1987. t. II.



no momento da concepção do projeto concessional, que está aberta à participação e contribuição externa<sup>133</sup>. Tem-se, na prática, o efetivo incremento no atendimento ao interesse público, visto que o espectro de variáveis e distintas perspectivas do objeto contratual e dos seus modos de execução angaria outra dimensão.

Os potenciais operadores econômicos que tenham interesse em participar da futura licitação, os cidadãos no exercício da sua função social de controle externo do contraente público e as associações representando determinadas categorias ou grupos de interesses constituem-se, entre outros atores, em terceiros que, comumente, costumam influenciar na tomada de decisão administrativa, por ocasião da modelagem do projeto concessional.

Como abordado anteriormente, a regulação do contrato de concessão comporta uma engrenagem complexa e que se inicia, exatamente, na concepção e na modelagem do projeto. A etapa de planejamento é simplesmente decisiva para o êxito do contrato de concessão.

Outrora, os procedimentos de formação dos contratos eram definidos unilateralmente pelo contraente público, sem maiores fluxos ou trocas de informação com o mercado e a sociedade. Fruto de uma visão hermética do contraente público, voltada, apenas, ao seu próprio centro de interesses. Assim, a concepção dos projetos e os modos de execução do objeto eram decididos internamente na estrutura administrativa, sem maiores diálogos com os operadores econômicos e com a sociedade.

A percepção de que soluções unilaterais em projetos concessionais, no mais das vezes, dotados de acentuada complexidade técnica, não eram mais suficientes e exaurientes<sup>134</sup>, decorreu da tendência irreversível, nos mais diversos campos da atividade

---

<sup>133</sup> Nas precisas palavras de Marçal Justen Filho: “É fundamental implantar uma concepção democrática a propósito da elaboração do ato convocatório. Isso significa que a outorga da concessão reflete uma decisão da comunidade, cujos efeitos são relevantes para todas as partes envolvidas. Não se trata de uma manifestação arbitrária do Poder Público. Mais do que isso, não há sentido de manter as concepções tradicionalmente vigentes, em que a elaboração das condições da licitação é exercida pelo Estado como manifestação de uma espécie de *imperium* estatal, em que todas as intervenções privadas são tratadas como ofensiva in subordinação em face de um superior interesse hierárquico. [...] Ao invés de elaborar o ato convocatório em sigilo, muito mais adequado é obter informações e colocar em discussão pública as diferentes alternativas e opções. Produzir uma licitação não significa editar atos “contra” a comunidade ou a livre iniciativa. Por isso, impõe-se a audiência de todas as instâncias da sociedade civil, inclusive aquelas relacionadas aos potenciais usuários e à livre iniciativa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 204 - 205).

<sup>134</sup> Essa é a percepção de Agustín Gordillo, para quem, a estruturação unilateral do edital provoca desconhecimento pela Administração Pública do mercado gerando, como consequência, o aumento dos preços ofertados na licitação. GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo. 2003. p. XXII-21. t.2.

administrativa, da expansão da participação administrativa e da própria consensualidade no seio da Administração Pública<sup>135</sup>.

Além disso, a abertura dialógica para que a sociedade e os próprios operadores econômicos pudessem participar ativamente da construção do projeto concessional decorreu, também, de um imperativo pragmático porque as assimetrias, principalmente, as tecnológicas, entre os setores público e privado se acentuaram sobremaneira, em especial, nos países com menor grau de desenvolvimento e institucionalidade. Em outros termos, a prévia contribuição técnica, financeira, econômica e operacional do setor privado nos objetos mais complexos se tornou, por vezes, imprescindível, permitindo um inegável acréscimo de qualidade e eficiência no desenvolvimento do projeto concessional.

#### 2.2.4.1 Os instrumentos dialógicos e o contrato de concessão

A participação direta e ativa dos operadores econômicos na concepção e estruturação de contratos dotados de maior complexidade, auxiliando o contraente público a delimitar o escopo do objeto, é, hoje, uma realidade no Direito europeu e em outros ordenamentos jurídicos. Vários são os exemplos dos instrumentos voltados à construção mais aberta dos projetos concessionais.

No Direito europeu, o diálogo concorrencial - presente nas antigas e novas diretivas europeias sobre contratação pública<sup>136</sup> - reflete a correta percepção de que é

---

<sup>135</sup> Conforme MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito Administrativo democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010. JODY, Freeman. Collaborative Governance in the Administrative State. University of California Law Review, Los Angeles, v. 45, n. 01, out. 1997.

<sup>136</sup> Conforme o artigo 30 da Diretiva 2014/24UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02.14, relativa aos contratos públicos e artigo 48 da Diretiva 2014/25, pertinente aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Acerca da importância do diálogo concorrencial, narra essa , em seus considerandos: “(60) A experiência mostra que o diálogo concorrencial, previsto na Diretiva 2014/24/UE se tem revelado útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados. Os Estados-Membros deverão, por conseguinte, ter a possibilidade de colocar este instrumento à disposição das entidades adjudicantes. Sempre que pertinente, as autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a nomear um chefe de projeto para garantir uma boa cooperação entre os operadores económicos e a autoridade adjudicante durante o procedimento de adjudicação.” MARK KIRKBY esclarece que o diálogo concorrencial é concebido como um procedimento aberto e dinâmico e aplicável em situações em que o objeto do contrato seja particularmente complexo. O seu objetivo é municiar as entidades adjudicantes acerca das soluções disponíveis no mercado. KIRKBY, Mark. O Diálogo Concorrencial. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 275 - 326. v. 1. Sobre o diálogo concorrencial,

preciso, antes de definir os objetos estruturantes de interesses públicos complexos e de longa duração, receber contribuição externa. Dialoga-se com os atores econômicos na busca pelo aperfeiçoamento e pela identificação das soluções que o mercado pode oferecer para a execução de um empreendimento de longo prazo e que apresenta complexidades na sua estruturação.

Bem se vê que o diálogo concorrencial tem utilização restrita para objetos dotados de complexidade, na qual a delimitação do objeto a ser licitado e da solução que melhor atenda ao interesse público advêm de um processo aberto, dinâmico e construído a partir da colaboração dos próprios operadores econômicos.

No Brasil, não obstante inexistir uma modalidade de licitação similar ao diálogo concorrencial<sup>137</sup>, a maior participação dos operadores econômicos na etapa da modelagem das licitações concessionais ocorre por intermédio do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), que vem sendo largamente utilizado na estruturação de projetos, nos mais variados setores de infraestrutura. Em outros países, especialmente naqueles considerados em desenvolvimento, instrumentos similares ao Procedimento de Manifestação de Interesse vêm sendo utilizados para estruturar projetos na área de infraestrutura<sup>138</sup>.

O Procedimento de Manifestação de Interesse consiste em instrumento que vem sendo bastante utilizado na modelagem das concessões e parcerias público-privadas. Tal procedimento encontra fundamento legal no artigo 21 da Lei 8.987/95 e no artigo 31 da Lei 9.974/1995, sendo disciplinada, no plano federal, por intermédio do Decreto

---

ver: BURNETT, Michael. Using Competitive Dialogue in EU Public Procurement – Early Trends and Future Developments. Disponível em: <[http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20100114121857\\_Eipascope\\_2009\\_2\\_Article2.pdf](http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20100114121857_Eipascope_2009_2_Article2.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2017.

<sup>137</sup> No Brasil, ainda, não se avançou para uma modalidade mais flexível para licitações dotadas de maior complexidade. Entende-se como relevante que alguns objetos mais complexos e sofisticados demandem um processo licitatório mais aberto, dialógico flexível, com isso, permitindo que a proposta mais vantajosa seja construída e negociada durante a própria realização do certame. Tramita no Congresso Nacional, o PLS n.º 559/2013, que pretende instituir a modalidade diálogo competitivo. Confira-se: “Art. 5º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XLI – diálogo competitivo: modalidade de licitação em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo.”

<sup>138</sup> Mário Márcio Saadi Lima destaca os seguintes procedimentos similares: "(i) *Bonus System*, no qual se atribui vantagem ao interessado cujos trabalhos técnicos foram selecionados pela Administração para a abertura da licitação, sendo utilizado em países como o Chile, Indonésia e Paraguai; (ii) *Swiss Challenge System*, no qual garante-se o direito de preferência na licitação, por meio do desafio à melhor proposta apresentada no procedimento licitatório, sendo utilizado em países como a Índia e as Filipinas; (iii) *Best and Final Offer*, no qual confere-se ao autor dos estudos o direito de acesso imediato à fase final da licitação, sendo utilizado em países como África do Sul e Argentina.". (LIMA, Mário Márcio Saadi. O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 163-167).

8.428/2015. Vários estados e municípios editaram suas próprias normas sobre o procedimento<sup>139</sup>.

O Procedimento de Manifestação de Interesse<sup>140</sup> é utilizado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar o contraente público na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso<sup>141</sup>.

O objetivo do Procedimento de Manifestação de Interesse consiste em viabilizar a participação formal dos potenciais cocontratantes na modelagem da contratação, oferecendo estudos que poderão ser aceitos pelo contraente público para fins de realização da futura licitação. A formalização de procedimento com essa natureza e finalidade evita, ou, ao menos, restringe, participações ocultas à margem da lei que possam implicar em uma indevida e ilícita influência de determinado operador econômico no processo de estruturação do projeto concessional<sup>142</sup>.

O que caracteriza e singulariza esse procedimento é que aquele proponente que participou do Procedimento de Manifestação de Interesse e, eventualmente, teve o seu estudo integral ou parcialmente aceito pelo contraente público, poderá participar da licitação, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no regime de execução das obras

---

<sup>139</sup> Mencionem-se alguns Decretos de Estados que regulamentaram o Procedimento de Manifestação de Interesse: (i) Estado do Rio De Janeiro - Decreto n.º 45.294/15; (ii) Estado de São Paulo - Decreto n.º 57.678/04; (iii) Estado de Minas Gerais - Decreto n.º 44.565/07; (iv) Distrito Federal - Decreto n.º 36.554/15; (v) Estado de Alagoas - Decreto n.º 4.607/08; (vi) Estado do Ceará - Decreto n.º 30.328/10; (vii) Estado da Bahia - Decreto n.º 12. 653/11; (ix) Estado do Paraná - Decreto n.º 3.513/16; (x) Estado de Santa Catarina - Decreto n.º 962/12.

<sup>140</sup> Tema abordado em GARCIA, Flávio Amaral. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: o Procedimento de Manifestação de Interesse. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 11, p. 67 – 79, abr./jun. 2013. No referido artigo, tive a oportunidade de sustentar que o Procedimento de Manifestação de Interesse, se bem concebido, não importa em violação aos princípios da indisponibilidade do interesse público, moralidade, isonomia, licitação e eficiência e que a sua utilização não significa que o Estado se demita da sua função de responder pelo projeto final e muito menos de investir na capacitação técnica dos agentes públicos responsáveis pela estruturação dos projetos.

<sup>141</sup> A racionalidade do Procedimento de Manifestação de Interesse tem se expandido para outros setores da atividade administrativa, tendo sido expressamente previsto nos artigos 18 a 21 da Lei n.º 13.019, de 31.07.14 - que trata das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil e nos §§4º e 5º, do artigo 31 da Lei n.º 13.33, de 30.06.16 - que dispõe sobre o estatuto jurídica da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

<sup>142</sup> Abordando esta participação oculta e a influência indevida nos processos decisórios por grupos de pressão, ver DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 118.

públicas<sup>143</sup>. No caso de o autor do projeto participar da licitação para a execução do empreendimento e não se sagrar vencedor do certame, será ressarcido pelo licitante vencedor que, afinal, beneficiou-se do projeto.

Cabe anotar que o contraente público não se encontra obrigado a decidir pela abertura de licitação formal, o que, seguramente, constitui-se em maior risco para os cocontratantes que participam dos Procedimentos de Manifestação de Interesse<sup>144</sup>, que poderão empreender os seus esforços na estruturação de um projeto sem a certeza da sua efetiva concretização. Daí porque não pode o Procedimento de Manifestação de Interesse ser banalizado, uma vez que o seu insucesso pode levar à perda de credibilidade e confiança do setor privado na Administração Pública.

Não obstante suas destacadas e recíprocas vantagens<sup>145</sup> para os setores público e privado no estabelecimento de uma relação mais dialógica e colaborativa na estruturação dos projetos concessionais, o Procedimento de Manifestação de Interesse não tem sido imune às críticas<sup>146</sup>, mormente, no que se refere às restrições ao princípio da competitividade, porquanto o particular, cujo projeto é preliminarmente aceito pelo

---

<sup>143</sup> O artigo 9º, inciso I, da Lei n.º 8.666/3 prescreve que: “Art. 9º - Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;”

<sup>144</sup> É o que prevê, por exemplo, o artigo 6º, inciso III, do Decreto n.º 8.428, de 02.04.15, que dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela Administração Pública: “Art.6º. A autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos: [...] III - não obrigará o Poder Público a realizar licitação”.

<sup>145</sup> Gustavo Henrique Carvalho Schiefler aponta as seguintes vantagens na adoção do Procedimento de Manifestação de Interesse: “(i) deslocamento da competição para etapa anterior à licitação; (ii) redução da assimetria informacional; (iii) vantagem competitiva na licitação pela sociedade empresarial; (iv) a democratização das soluções e a participação popular na tomada de decisões; (v) processualização dos projetos concessionários e a instituição do diálogo; (vi) transferência de custos e não comprometimento de recursos orçamentários; (vii) acesso a novas soluções e formação de banco de projetos; (viii) celeridade à estruturação dos projetos; (ix) conhecimento prévio dos potenciais licitantes; (x) aumento de competitividade para a licitação pública; (xi) possível transferência dos riscos pelos erros nos projetos e estudos; (xii) fomento à elaboração de novas soluções à Administração Pública e à formação de um banco de profissionais capacitados; (xiii) transparência e segurança jurídica.”. (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 147-182).

<sup>146</sup> Gustavo Henrique Carvalho Schiefler aponta as principais críticas na adoção do Procedimento de Manifestação de Interesse: “(i) risco de aproveitamento parcial ou nulo dos estudos produzidos no Procedimento de Manifestação de Interesse; (ii) risco de judicialização; (iii) risco de apropriação indevida; (iv) risco de diminuição da competitividade na licitação pública; (v) risco de captura do interesse público; (vi) risco de legitimação de relacionamento ilícito pretérito; (vii) risco de captura do interesse público por ascendência técnica do particular e da incapacidade gerencial da Administração Pública; (viii) risco de conluio entre os futuros licitantes; (ix) risco de agravamento da cultura da desconfiança dos particulares, do império do medo sobre os agentes públicos e do fomento ao controle obsessivo e excessivo.”. (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.182-205).

contraente público na etapa da modelagem, apresenta enorme vantagem comparativa e tem reiteradamente se sagrado vencedor da licitação<sup>147</sup>.

Anote-se que, mesmo antes da inserção do Procedimento de Manifestação de Interesse no ordenamento jurídico brasileiro, os parceiros privados já podiam modelar o objeto contratual, inclusive, com a concepção do projeto básico e do projeto executivo. A racionalidade está em conferir maior autonomia ao cocontratante na concepção do objeto, na medida em que o interesse em elaborar projetos técnica e economicamente sustentáveis se conecta diretamente com a circunstância que será o mesmo cocontratante a operar o empreendimento em longo prazo<sup>148</sup>.

A diferença com relação ao Procedimento de Manifestação de Interesse é que a elaboração dos projetos se constitui em etapa contratual, não havendo, propriamente, um diálogo na etapa de planejamento e estruturação do projeto concessional.

Outros dois instrumentos bastante consolidados de participação administrativa na estruturação e modelagem dos projetos concessionais são as audiências e consultas públicas<sup>149</sup>. Aqui, a interação com o setor privado e a sociedade se materializa após a maturação na estruturação do empreendimento, com a submissão do projeto, dos levantamentos, dos estudos, das minutas de edital e do contrato à auscultação externa, a fim de que os potenciais licitantes, usuários, cidadãos, associações, organizações não governamentais e demais representantes da sociedade possam contribuir com sugestões,

---

<sup>147</sup> Conforme estudo realizado em conjunto pelo BNDES, IFC e BID, de autoria de Armando Castelar Pinheiro, de 53 PMIs que objetivavam a realização de estudos voltados a PPPs, 19 não foram preparados pelo governo nem por estruturadoras independentes. Entre estes, observou-se que, em 15 casos, a concessionária ou algum de seus investidores participou da estruturação do projeto, ao passo que, em somente quatro, a empresa ou grupo econômico que teve o estudo selecionado na PMI não se sagrou vencedora da licitação. Disponível em: <[https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/7211/1/Estrutura%C3%A7%C3%A3o%20de%20projetos%20de%20PPP%20e%20concess%C3%A3o%20no%20Brasil\\_P.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/7211/1/Estrutura%C3%A7%C3%A3o%20de%20projetos%20de%20PPP%20e%20concess%C3%A3o%20no%20Brasil_P.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2017.

<sup>148</sup> Conforme MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O regime de controle e fiscalização das Parcerias Público-Privadas. O papel do Projeto Executivo. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Ano 11, n. 42, p. 81-107, abril/jun. 2013; RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada. Fundamentos Econômicos e Jurídicos. Malheiros: São Paulo, 2010. p. 35

<sup>149</sup> Nas palavras de José Dos Santos Carvalho Filho: “Pela consulta pública, a Administração procura obter a opinião pública de pessoas e entidades sobre determinado assunto de relevância discutido no processo, formalizando-se as manifestações através de peças instrutórias. Já a audiência pública (que, em última instância, é também forma de consulta\_ se destina a obter manifestações orais e provocar debates em sessão pública especificamente designada para o debate acerca de determinada matéria. Ambas retratam, na verdade, instrumentos de participação das comunidades na tomada de decisões administrativas. É correto, pois, afirmar que de sua realização emanam efeitos significativos: um deles é o de influenciar a vontade estatal; outro é o de reclamar que a Administração (ou o juiz) apresenta argumentação convincente no caso de optar por caminho contrário ao que foi sugerido na consulta ou na sessão de audiência pública.”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1037).

proposições e críticas ao modelo adotado. Quanto mais as informações forem claras, acessíveis e objetivas, melhores serão os resultados da participação administrativa.

Esse conjunto de distintas visões tem por objetivo aprimorar ou refutar as escolhas administrativas, técnicas, econômicas, financeiras, jurídicas e políticas contempladas no projeto concessional. A decisão final, sempre, caberá ao contraente público, que poderá ou não acatar cada uma das contribuições. O que não é admissível é a decisão administrativa conter *deficit* de motivação, sem o enfrentamento dos argumentos invocados nas manifestações orais ou escritas formuladas; ou resultar na realização de audiência ou consulta pública como o cumprimento de uma mera formalidade vocacionada a legitimar decisões e escolhas já tomadas e imutáveis<sup>150</sup>.

Também, pode-se aludir como instrumento de diálogo na etapa de planejamento dos contratos de concessão o *road show*, ou seja, a realização de reuniões<sup>151</sup> isoladas com cada um dos potenciais interessados para solucionar eventuais dúvidas e compreender, mais adequadamente, a visão de cada um dos participantes, colecionando as críticas, sugestões e possíveis experiências práticas. Por via de regra, as reuniões ocorrem na época da consulta pública ou após a publicação da versão final do projeto<sup>152</sup>.

Todos esses instrumentos demonstram, à evidência, que a forma de conceber o projeto concessional tem por característica contemporânea um saudável percurso de construção coordenada, coletiva e consensualizada do objeto, com a participação direta dos operadores econômicos, da sociedade, dos usuários e dos cidadãos. Arquiteturas públicas institucionais fechadas, excessivamente hierarquizadas, sem integração horizontal e interditadas às contribuições externas e aos diálogos com a sociedade são

---

<sup>150</sup> Conforme adverte José Vicente Santos De Mendonça: “O inverso também pode ser verdadeiro: audiências e consultas públicas podem ser instrumentalizadas pelo Poder Público como meios de legitimação retórica de sua atuação. As entidades administrativas não levariam verdadeiramente em conta os comentários, mas apenas fingiriam fazê-lo.” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico. A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 421).

<sup>151</sup> O referido Decreto n.º 8428, de 02.04.15, que regulamenta o Procedimento de Manifestação de Interesse em âmbito federal, admite a possibilidade da realização de reuniões. Confirma-se o disposto no artigo 8º: “Art. 8º. O Poder Público poderá realizar reuniões com a pessoa autorizada e quaisquer interessados na realização de chamamento público, sempre que entender que possam contribuir para a melhor compreensão do objeto e para a obtenção de projetos, levantamentos, investigações e estudos mais adequados aos empreendimentos de que trata o art. 1º.”.

<sup>152</sup> Conforme RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs. Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50-51. Ver também SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Procedimento de Manifestação de Interesse. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 128 - 131. FISCHER, Ronald. The PPP bidding process. Santiago: Universidad de Chile, 2012. Disponível em: <<https://www.theigc.org/wp-content/uploads/2014/08/Session-4-Ronald-Fischer.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2017.

modelos estruturantes que não estão à altura dos desafios contemporâneos de uma Administração Pública eficiente e democrática.

Não obstante esse novo quadro teórico, é sempre prudente lembrar que, ainda que mais permeáveis e dialógicos, os contratos de concessão não são horizontalizados e dotados do mesmo grau de negociabilidade dos contratos privados, até mesmo em decorrência das limitações e restrições impostas pela realização de licitação. Por mais aberta e participativa que tenha sido a estruturação e modelagem do projeto, a palavra final será sempre do contraente público, não deixando, portanto, o contrato de concessão de se qualificar como um efetivo contrato administrativo e, por conseguinte, permeado de assimetrias incomuns ao direito privado.

#### 2.2.4.2 Os reflexos da concepção dialógica do contrato de concessão na mutabilidade

Apreendido esse novo cenário na etapa de estruturação e modelagem dos projetos e, por via de consequência, na própria conformação do contrato de concessão, importa compreender seus reflexos para a mutabilidade.

A primeira consequência que se pode extrair dessa conformação mais aberta, dialógica e consensualizada da concepção e modelagem dos projetos concessionais é a redução da assimetria de informações<sup>153</sup>. O nível de informação sobre os aspectos técnicos, econômicos, financeiros, operacionais, jurídicos e políticos é muito maior nos projetos concessionais que são elaborados a partir de premissas conceituais mais abertas à participação externa, ao diálogo e à busca do consenso.

A assimetria informacional é ínsista às relações jurídicas concessionais e acentuada quando o projeto era estruturado exclusivamente no seio interno do contraente

---

<sup>153</sup> MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. GUASCH, J. Luis. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right. Washington D.C: The World Bank, 2004. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parceria Público-Privada ao Desenvolvimento: uma abordagem necessária. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, v. 60, p. 83-112; jan./jun. 2012. DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247775>>. Acesso em: 06 out. 2017. FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação? In: COUTINHO, Jacinto Nelson; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto, Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Sobre como a relação dialógica e consensualizada nos contratos privados auxilia a reduzir a assimetria de informações: LAFFON, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. The Theory of Incentives I: The Principal-agent model. Disponível em: <<https://gnunet.org/sites/default/files/Laffont%20%26%20Martimort%20%20The%20Theory%20of%20Incentives.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2017. SALANIÉ, Bernard. The Economics of Contracts: A Primer. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.



público. Mesmo que, naturalmente, os particulares dominem com mais profundidade o segmento no qual atuam, o que é até intuitivo, projetos unilateralmente estruturados e sem canais participativos tendem a gerar maiores incertezas e dúvidas, dado o desconhecimento dos operadores econômicos acerca da racionalidade das opções técnicas, econômicas, financeiras e jurídicas retratadas no edital e no contrato de concessão.

Um dos maiores desafios a ser enfrentado na regulação dos contratos de concessão consiste na assimetria informacional<sup>154</sup>, que suscita a aplicação da Teoria da Agência<sup>155</sup>. No curso da execução do contrato isso ocorre, quando aquele que tem o domínio do negócio, a saber, o agente (no caso o cocontratante) tem uma gama de informações que não é compartilhada com o principal (no caso o contraente público), o que permite maximizar seus próprios interesses por meio de vantagens informacionais.

No entanto, quando se estrutura e modela um projeto concessional, é razoável supor que será o contraente público a deter, ao menos no momento da realização da licitação, maior acesso às informações, aos dados, aos levantamentos, aos estudos e às investigações preliminares sobre o objeto a ser concedido.

Essa assimetria informacional a favor do contraente público é bastante reduzida quando a estruturação do projeto é modelada com intensa participação dos potenciais interessados, eventuais usuários e da própria sociedade. O diálogo concorrencial e o procedimento de manifestação de interesse são exemplos de uma interpenetração de conhecimentos, coleta de subsídios e informações com os operadores econômicos, ainda na etapa de planejamento do projeto concessional, que geram maior aproximação informacional sobre os principais aspectos do objeto que será licitado.

---

<sup>154</sup> Conforme NATAL, Tatiana Esteves. A Teoria dos Contratos Incompletos e a Natural Incompletude do Contrato de Concessão. Disponível em: <[http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004\\_056\\_TATIANA\\_ESTEVES\\_NATAL\\_10082009-17h08m.pdf](http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>155</sup> Sobre a Teoria da Agência, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi explicam: “Em síntese, o problema da agência se resume a uma situação em que os interesses de uma pessoa (o principal) dependem das ações de outra (o agente) – com a qual não compartilha os objetivos –, conforme regulado por um contrato entre as duas. O principal deseja que o agente se comporte de forma a favorecer seus interesses (do principal), mas não possui informações completas nem para definir exatamente o que o agente deve fazer, nem para monitorar o que ele de fato faz. Além disso, há incertezas externas à relação entre os dois que afetam o resultado final da ação do agente; por essa razão, o principal não tem como saber se um resultado menos favorável do que ele desejaria se deve a um comportamento não ideal do agente ou a outro fator externo. Isto é, não há possibilidade de individualizar o efeito da ação do agente, impedindo o principal de saber com certeza qual foi a conduta do agente.”. (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 139. Sobre a Teoria da Agência, ver BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner C. The modern corporation and private property. Nova York: Macmillan, 1933).

Como consequência, tem-se que eventuais processos de alteração, modificação ou mesmo renegociação dos contratos de concessão propendem a ter reduzidas alegações de desconhecimento ou falhas no projeto original, porquanto o próprio operador econômico poderá ser, dependendo das circunstâncias concretas e do nível de intensidade da sua participação, o principal responsável pela propositura de determinada solução técnica ou mesmo de uma específica engenharia econômico-financeira estruturante do negócio. Cria-se uma sistemática de corresponsabilidade na modelagem do projeto concessional<sup>156</sup> que gera efeitos prospectivos durante toda a relação contratual, repercutindo nas várias dimensões da mutabilidade.

Essa coparticipação na modelagem do projeto concessional, entre outras consequências, gera uma saudável redução de assimetrias nas escolhas regulatórias e contratuais que pode acarretar, ao menos presumidamente, em uma significativa redução das divergências contratuais durante a execução do contrato. É esperado, portanto, que ocorra um rareamento dos espaços de inconformismo *ex post* do operador econômico em relação às soluções e opções adotadas no procedimento de formação do contrato, considerando a abertura procedimental para influenciar e conhecer o processo decisório que resultou no objeto final.

Mesmo que venham a ocorrer questionamentos que se relacionem com o centro gravitacional do projeto concessional, é indubitável que caberá ao operador econômico o ônus argumentativo mais acentuado e vigoroso para postular alterações ou modificações no contrato original, especialmente, quando invocados dados, informações, levantamentos, investigações, estudos e soluções que foram engendrados diretamente por ele quando da estruturação do projeto ou, mesmo, quando era do seu inequívoco conhecimento, considerando a abertura dialógica que vem, hodiernamente, orientando a conformação do planejamento dos contratos de concessão.

Outra importante consequência da participação mais intensa dos administrados na modelagem dos projetos concessionais é o que se pode denominar de mutabilidade dialógica.

---

<sup>156</sup> Essa ideia de coparticipação apresenta-se como um novo figurino na Administração Pública contemporânea. Maria Manuel Leitão Marques pondera: “A passagem de uma Administração que sabe tudo para uma Administração que valoriza a interação com os seus utentes – nós, os cidadãos – e a promove, usando diferentes canais, incluindo ferramentas da web 2.0 (wikis, blogues e outras), para conhecer as suas prioridades, e mesmo para co-desenhar, co-produzir e co-avaliar com eles alguns dos seus serviços – a mudança no modelo de concepção com o desenvolvimento da co-produção.” (MARQUES, Maria Manuel Leitão. Serviço Público, que Futuro? Coimbra: Almedina, 2009. p. 17).

O processo de alteração de um contrato administrativo, mesmo nas situações de exercício das potestades administrativas, não pode prescindir de uma relação dialógica com o cocontratante<sup>157</sup>. Não faz sentido que a etapa de planejamento e a estruturação do projeto concessional seja orientada por uma racionalidade participativa e dialógica e, no momento da execução ou de eventual alteração do contrato, o contraente público se comporte imperialmente, desconsiderando ou até ignorando as razões ou argumentos deduzidos pelo cocontratante que, eventualmente, apontem caminho diverso para a modificação unilateral pretendida.

Em outros termos, ainda que no exercício de prerrogativas típicas de direito público, é dever do contraente público colher informações, subsídios, dados e, principalmente, estabelecer uma relação aberta, colaborativa, dialógica e deferente ao contraditório<sup>158</sup> com o cocontratante na busca de soluções mais concertadas e menos assimétricas. O consenso é sempre mais eficaz do que a imposição.

O ponto que ora se sustenta é que a mutabilidade, na sua acepção ampla, deve ser permanentemente orientada por uma dinâmica dialética, sempre, com o intuito de aumentar o grau de consensualidade nas decisões de alteração do contrato, mesmo aquelas que possam ser unilateralmente definidas pelo contraente público.

Para tanto, a compreensão de que o cocontratante não é um adversário, mas um parceiro ou colaborador da Administração Pública, é imprescindível no processamento de qualquer alteração contratual. Romper com a lógica antagonista e adversarial que, tradicionalmente, opõe Estado e particular<sup>159</sup> é determinante para o êxito do contrato de concessão e da própria mutabilidade.

---

<sup>157</sup> Fernando Vernalha Guimarães explica que mesmo nas alterações unilaterais incide um conjunto de princípios como a proporcionalidade, economicidade, eficiência, dignidade da pessoa humana, boa-fé, legalidade, inalterabilidade do objeto, preservação das condições de exequibilidade do objeto originalmente contratadas pelo cocontratante e princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (Interpretação de Dispositivos da Lei n.º 8.666/93). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 227-259.

<sup>158</sup> Eduardo García De Enterría e Tomás-Ramón Fernández anotam que: "*Los há habido, desde luego, y los sigue habiendo de índole formal, porque la modificación del contrato exige en todo caso la incoación de un expediente contradictorio con presencia activa del contratista, llamado a acreditar la efectiva concurrencia de las razones concretas de interés público que exigen la modificación (artículo 219 LCSP), que no basta invocar, como há advertido sistemáticamente el Consejo de Estado (vid. dictámenes, entre otros, de 24 de julio de 1985, 16 de enero de 1986, 10 de enero de 1991, etc, etc)*". (ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 17. ed. Madri: Civitas, 2015, p.783).

<sup>159</sup> Para Juliana Bonacorsi De Palma, não se pode considerar o administrado como um adversário, mas sim como seu colaborador, o que significa lhe atribuir papel mais ativo na atuação administrativa, cabendo ao Direito Administrativo conter normas voltadas à facilitação e ao controle da negociação entre a Administração Pública e o administrado. Essa percepção colaborativa do administrado enseja relacionamentos paritários e negociais, com técnicas de gestão pública hábeis a determinar soluções mais adequadas ao caso concreto, sendo a flexibilização do formalismo apontada como elemento de governança

Essa percepção decorre, igualmente, da consciência de que existe uma interdependência intrínseca nas obrigações de ambas as partes e que as eventuais alterações contratuais serão melhor funcionalizadas quando as partes estiverem verdadeiramente imbuídas em estabelecer um diálogo na busca da melhor solução possível.

O maior grau de participação dos operadores econômicos na modelagem e estruturação dos projetos concessionais explicita essa relação de interdependência, visto que algumas decisões e escolhas públicas são partilhadas, desde o início, com o cocontratante, priorizando que a alteração do contrato, em qualquer das suas dimensões, seja voltada primariamente para a identificação de soluções consensuais e não unilaterais<sup>160</sup>.

Para tanto, como sustentado em outra oportunidade<sup>161</sup>, faz-se necessário que a regulação do contrato de concessão estabeleça uma espécie de devido processo da mutabilidade, que assegure condições de depuração dos interesses públicos e privados envolvidos e que agregue, principalmente, transparência no transcorrer das inevitáveis alterações que se sucederão a execução duradoura do ajuste.

Essa metodologia da mutabilidade na regulação do contrato de concessão deverá vocacionar-se para instrumentalizar concretamente os princípios da boa-fé, confiança legítima, motivação, transparência, eficiência, proporcionalidade, equilíbrio econômico-financeiro e interesse público, densificando, nas cláusulas contratuais, um correto sistema de incentivos, que proporcione o incremento de uma relação verdadeiramente dialógica capaz de superar a visão adversarial que, não raro, orienta o comportamento dos contratantes.

Enfim, a maior intensidade da participação dos administrados na estruturação do projeto concessional tende a aumentar o grau de interdependência, solidariedade e

---

pública. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e Acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p.143-144.

<sup>160</sup> Nas palavras de Sabino Cassese: “Em segundo lugar, la supremacia del Derecho Administrativo se erosiona. Primero, deja de ser un atributo permanente de la Administración y del Derecho Administrativo, y se transforma en un privilegio que debe ser concedido por la ley a tenor de las circunstancias. Luego, la supremacia y la unilateralidad son sustituidas por el consenso y la bilateralidad.” CASSESE, Sabino. Derecho Administrativo: Historia y Futuro. Milão: Giuffrè, 2010, p. 366). O título original da obra italiana é Il Diritto amministrativo: storia e prospettive. Milão: Giuffrè, 2010.

<sup>161</sup> GARCIA, Flavio Amaral. A Mutabilidade nos Contratos Concessionais: Aspectos Endocontratuais e Procedimentais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Orgs.). O Direito Administrativo na Atualidade. Estudos em Homenagem ao Centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017. p. 435.

confiança<sup>162</sup> entre as partes na construção de soluções e escolhas compartilhadas, espraiando seus efeitos para o momento de execução e alteração do contrato de concessão.

Unem-se os interesses para criar uma solidariedade que favoreça a lógica da colaboração recíproca<sup>163</sup>, assim, colocando em prática, a premissa de que, se bem-executado, o contrato de concessão produzirá vantagens e benefícios para todos os interessados. Relações dialógicas que permeiem a mutabilidade dos contratos de concessão amadurecem e qualificam a racionalidade do processo decisório e das opções eleitas conformadoras do interesse público, viabilizando um saudável acréscimo de legitimidade, transparência e democratização no processo de alteração contratual.

Não mais se coadunam com o Direito Administrativo contemporâneo invocações genéricas de atendimento ao interesse público e alterações que se valem das exorbitâncias e assimetrias para impor soluções que podem não representar a concretização da melhor solução para a sociedade. A depuração dos interesses público e privado envolvidos sobressairá de um procedimento de mutabilidade que seja dialógico, o que, inclusive, permitirá maior visibilidade das intenções e dos interesses envolvidos, dessa forma, viabilizando o exercício mais efetivo dos órgãos de controle externo acerca da razoabilidade das soluções adotadas.

É possível afirmar que quanto mais efetivo for esse espaço de diálogo, maior será o grau de eficiência na regulação contratual da mutabilidade. Para tanto, não se faz necessário alterar o regime substantivo dos contratos administrativos ou ignorar suas diferenças em relação ao regime dos contratos de direito privado, mas promover uma boa regulação do contrato de concessão que induza uma mudança de mentalidade dos contratantes na adoção de comportamentos cooperativos e procedimentalizando uma mutabilidade verdadeiramente dialógica, o que inclui as alterações decorrentes do *ius variandi* e das potestades administrativas.

---

<sup>162</sup> Para ALAIN PEYREFITTE, a confiança é a mola do desenvolvimento e elemento essencial nas condutas culturais, religiosas, sociais e políticas. PEYREFITTE, Alain. A Sociedade de Confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Tradução de Cyrene Bittencourt. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. p. 32.

<sup>163</sup> A colaboração recíproca é um dever que orienta as partes durante a execução do contrato administrativo, com previsão expressa, em Portugal, no artigo 289 do Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/08, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

### 2.2.5 A concepção multilateral do contrato de concessão

Os contratos de concessão apresentam, hodiernamente, feições inteiramente distintas das concessões oitocentistas. As mudanças refletem a adoção de novos paradigmas que impactaram profundamente o Direito Administrativo nas últimas décadas.

O avanço tecnológico, a complexidade na operacionalização e prestação dos serviços, o aporte de recursos privados e a conseqüente demanda na obtenção de novas fontes de financiamentos reconfiguraram os contratos de concessão no sentido de engendrar interesses que não mais se circunscrevem apenas ao do contraente público e do cocontratante. Tal constatação permite avançar na consideração de que os contratos de concessão deixam de ser bilaterais e passam a ostentar natureza multilateral. Isso decorre, em certa medida, da própria mudança de paradigma do Direito Administrativo.

Tradicionalmente, a construção teórica do Direito Administrativo se alicerçou na relação bipolar Estado-cidadão. Entretanto, a rigidez desse esquema referencial não mais corresponde à realidade, eis que a expansão das atividades administrativas e a própria complexidade e multiplicação de distintos interesses atrelados à mesma relação jurídica promoveram uma revisitação desse quadro teórico<sup>164</sup>, o que ocorreu, principalmente, a partir da contribuição da doutrina alemã<sup>165</sup>.

Pode-se afirmar que, a partir dessa compreensão contemporânea, a tônica das relações administrativas não mais se desenvolve apenas entre o Estado e o cidadão, mas a partir de um plexo de distintos interesses públicos e privados que podem ser, ao mesmo

---

<sup>164</sup>Sabino Cassese explica: “Tradicionalmente, la base del Derecho Administrativo la constituía la relación bipolar entre el administre y la autorité publique. No obstante, en los últimos treinta años se han producido dos fenómenos. El administre, sujeto a las autoridades administrativas, se ha convertido en un ciudadano, plenamente facultado para el ejercicio de derechos frente al Gobierno; por ejemplo, tiene derecho a ser informado, a hacerse oír, a la motivación de las decisiones y a que las mismas puedan revisarlas tribunales independientes. De la misma manera, la revolución de los derechos ha producido muchos cambios trascendentes en el ámbito del Derecho Administrativo. Sufragio ampliado, sociedades organizadas y fragmentación de los poderes ejecutivos son factores que han sustituido la bipolaridad por la multipolaridad.” CASSESE, Sabino. Derecho Administrativo: Historia y Futuro. Milão: Giuffrè, 2010, p. 455). O título original da obra italiana é Il Diritto amministrativo: storia e prospettive. Milão: Giuffrè, 2010.

<sup>165</sup> Conforme relata MARQUES, Francisco Paes. As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares. Coimbra: Almedina, 2001. p. 19. Veja-se, a propósito, a lição de Harmut Maurer: "Ultimamente manifestam-se progressivamente relações jurídicas administrativas poligonais ou multilaterais. Elas se distinguem das relações jurídicas bipolares pelo fato de não só o Estado de um lado e o cidadão - ou mais cidadãos, mas com interesses no mesmo sentido - do outro lado estão face a face, mas de também do lado cidadão são feitos valer interesses distintos e em sentido contrário, de forma que existe uma trançada complexa de interesses diferentes e contrários, que deve ser trazida a uma compensação ótima." (MAURER, Harmut. Direito Administrativo Geral. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 191).

tempo, conflitantes, dinâmicos e interdependentes. Um exemplo ilustrativo dessa mudança de paradigma é o contrato de concessão.

Como visto, na compreensão oitocentista, o contrato de concessão pressupunha uma relação de índole bilateral entre o contraente público e o cocontratante, sem uma proteção ou mesmo consideração explícita de outros interesses ligados direta ou indiretamente ao seu objeto. Era unilateralmente imposto pelo ente público, sem canais dialógicos que pudessem influenciar a formação da vontade da administração e não operava com a noção de risco como um elemento central da sua regulação.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2015)<sup>166</sup>, amparado nas lições de Sabino Cassesse (2001)<sup>167</sup>, anota que o contrato de concessão é um exemplo do paradigma multipolar do Direito Administrativo contemporâneo, nesse sentido, assumindo um caráter normativo amplo e disciplinador de várias outras relações jurídicas além do vínculo contraente público-cocontratante.

A multilateralidade<sup>168</sup> se explica em razão dos múltiplos interesses em jogo. O projeto e o contrato de concessão pressupõem distintos interesses que devem se articular harmonicamente para que os objetivos sejam atingidos. A partir do contrato de concessão, formam-se distintos vínculos jurídicos entre pessoas jurídicas de direito público e privado, com variados graus de inter-relacionamento entre os próprios sujeitos.

Egon Bockmann Moreira (2010)<sup>169</sup> pondera que a relação concessionária não gera apenas direitos e obrigações bipolares, na tradicional estrutura sinalagmático-comutativa dos contratos de direito privado, aduzindo, a partir das lições da doutrina portuguesa<sup>170</sup>, que, nos contratos de concessão, existe uma relação dissimétrica.

---

<sup>166</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 373 - 374.

<sup>167</sup> CASSESSE, Sabino. *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, n. 3, p. 601-650, jul./set., 2001.

<sup>168</sup> Utiliza-se, neste trabalho, a expressão multilateral para designar a relação contratual concessional e não a expressão multipolar, cuja designação refere-se a fenômeno mais restrito. Nas palavras de Francisco Paes Marques: "As relações jurídicas multipolares podem ser definidas como as relações jurídico administrativas, nas quais se confrontam dois ou mais interesses privados (plano ou vertente horizontal), e cuja conformação do respectivo exercício cabe à Administração Pública, mediante a adoção de um ato jurídico-público (plano ou vertente vertical)". (MARQUES, Francisco Paes. As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares. Coimbra: Almedina, 2001. p. 32).

<sup>169</sup> O autor classifica essas distintas relações jurídicas a partir dos direitos, deveres e obrigações dos sujeitos em primários, secundários e reflexos. Nas suas palavras: "Por primários entendam-se o concedente e o concessionário; por secundários os usuários; reflexos são os terceiros potenciais detentores de posições jurídicas subjetivas em face da relação concessionária.". (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p.281).

<sup>170</sup> Segundo José Carlos Vieira De Andrade, "as relações jurídicas simétricas (em que a posição passiva de um sujeito corresponde exatamente uma posição activa de outro sujeito), as assimétricas (em que a posição passiva de um sujeito decorrente de uma norma de direito objetivo não corresponde um direito ou uma pretensão substantiva do outro sujeito), as dissimétricas (em que cada um dos sujeitos é simultaneamente titular perante o outro de posições activas e passivas, conexas entre si) e as poliassimétricas ou poligonais

Sem qualquer pretensão de esgotar o plexo de interesses que estão direta ou indiretamente conectados aos contratos de concessão, até em razão da especificidade de cada relação contratual, pode-se aduzir, genericamente, que a sua dimensão multilateral engloba, com diferentes graus de intensidade e proteção, os seguintes interesses e atuações: a) do contraente público; b) do cocontratante; c) dos usuários; d) dos reguladores; e) dos acionistas; f) dos financiadores; g) dos subcontratados; h) dos terceiros que executam serviços ligados ao objeto do contrato de concessão; i) das seguradoras garantidoras de determinados riscos e j) de outros cocontratantes que exploram utilidades públicas, seja em regime concorrencial ou não; k) da comunidade diretamente afetada pelos serviços.

Bem se percebe que a visão restrita de que os contratos de concessão se resumem aos interesses do contraente público e do cocontratante é desalinhada com a realidade, com a evolução da prática desses contratos e com a moderna dogmática do Direito Administrativo na atual quadra.

A dimensão multilateral do contrato de concessão deve condicionar, também, a atuação do legislador e do próprio regulador, que devem exercer suas funções a partir de um olhar global e sistêmico, sem deixar de avaliar os efeitos e as consequências que determinada norma ou mesmo a decisão regulatória possa acarretar na esfera jurídica de terceiros interessados.

Em outros termos, o Estado - seja legislador, executor ou regulador - tem o dever de reconhecer a interpenetração de interesses públicos e privados<sup>171</sup> que se imbricam em relações jurídicas e em contratos conectados com o objeto da concessão. Ao legislador compete ordenar as relações jurídicas multilaterais, reconhecendo os distintos interesses - inclusive, os direitos subjetivos dos terceiros - e procurando equilibrá-los de forma

---

(quando intervêm mais de dois sujeitos em conjuntos interligados de posições activas e passivas)". (ANDRADE, José Carlos Vieira. A Justiça Administrativa (Lições). 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 80).

<sup>171</sup> O paradigma clássico de divisão estática e estanque entre direito público e direito privado não mais subsiste hodiernamente. A ideia de blocos de ordens jurídicas autônomos, excludentes e sem qualquer intersecção é retrato de um tempo no qual vigia a absoluta e estanque separação entre Estado e sociedade. Pedro Gonçalves trata da ruptura do paradigma clássico da distinção entre direito público e direito privado: "Assim, no início, o direito privado e o direito público administrativo representam dois mundos separados e até em confronto, constituindo, de certo modo, "direitos especiais" ou "parciais": o primeiro, um direito dos cidadãos, das pessoas (esfera da sociedade), o segundo, um direito da Administração Pública (esfera do Estado). Todavia, o paradigma clássico da distinção taxativa e terminante entre direito público administrativo e direito privado - como dois mundos separados, segundo uma lógica de oposição - encontra-se, há muito tempo, claramente ultrapassado.". (GONÇALVES, Pedro. Entidades Privadas com Poderes Públicos. Coimbra: Almedina, 2005. p. 271).



harmônica e razoável, ao passo que à função administrativa compete a sua conformação e densificação no plano do contrato de concessão.

Pode-se asseverar que a compreensão multilateral do contrato de concessão se deve, também, à complexidade da sua modelagem. A estruturação econômica e financeira desses negócios foi completamente modificada se comparada com as concessões oitocentistas.

Com efeito, o modelo convencional de financiamento por meio de empréstimos diretos com os agentes financeiros, garantidos com bens e patrimônio pessoal da própria sociedade empresária, não vem sendo tradicionalmente escolhido para financiar projetos de infraestrutura no setor público, por meio de contratos de concessão.

Isso pode ser explicado por distintas razões. A opção pelo modelo tradicional de financiamento pressupõe o elevado comprometimento dos bens e do patrimônio da sociedade empresária privada no momento da contração do empréstimo. Ademais, o fato de uma sociedade empresária alocar todo o seu capital em um único empreendimento pode inviabilizar sua participação em outros projetos, mormente, quando se sabe que a alavancagem financeira nos setores de infraestrutura pública pressupõe prazos bastante extensos para que ocorra a sua amortização.

Foi a partir dessas dificuldades inerentes às modalidades tradicionais de financiamento que o *Project-Finance* foi concebido<sup>172</sup>. Historicamente, o *Project Finance* surgiu nos Estados Unidos, como técnica de financiamento de projetos tecnológicos de grande porte, sendo, também, utilizado largamente na Europa e nos países em desenvolvimento<sup>173</sup>.

A lógica subjacente ao modelo do *Project-Finance* se lastreia na premissa de que é o projeto que alicerça o financiamento a partir das receitas futuras que serão geradas pelo empreendimento. A avaliação do agente financeiro é orientada considerando a capacidade de geração de receita e de lucros do projeto.

---

<sup>172</sup> Confira-se, sobre o tema, a definição de Project-Finance proposta por Jonh D. Finnerty: "*Project finance may be defined as the raising of funds to finance an economically separable capital investment Project in which the providers of the funds look primarily to the cash flow from the Project as the source of funds to service their loans and provide the return off and a return on their equity invested in the project.*". (FINNERTY, Jonh. Asset-based financial engineering. New York: Wiley, 1996. p. 2). Ver sobre o tema, VINTER, Grahan. Project Finance: a legal guide. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1998. HOFFMAN, Scott L. The Law and business of international Project finance: a resource for governments, sponsors, lenders, lawyers and project participants. 2. ed. Ardsley (NY, EUA) e Haia: Transnational Publishers and Kluwer Law International, 2001. BAKER, Russel; MCKENZIE, John. Project finance: the guide to financing Power projects. London: Euromoney Books, 1996.

<sup>173</sup> Conforme relata DIAS, Gabriela Figueiredo. Project Finance. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (IDET). Coimbra: Almedina, 2011. p. 118. (Miscelâneas, n. 3).

No *Project-Finance*, a garantia oferecida ao financiador consiste nas receitas futuras do empreendimento, permitindo, assim, a captação dos recursos necessários sem onerar ou endividar a sociedade empresária. A decisão na concessão do crédito pelo financiador está diretamente ligada à qualidade e rentabilidade do projeto e não ocorre, como nos modelos tradicionais de financiamento, a partir das condições ou garantias corporativas (*corporate finance*) oferecidas pela sociedade empresária.

A utilização do *Project Finance* pelo setor público para empreendimentos de grande porte, conhecida como *Private Finance Initiative* (PFI), foi, igualmente, concebida nos sistemas anglo-saxônicos, com especial incremento em todo o mundo, na década de 1990, devido às fortes restrições orçamentárias e ao reposicionamento da relação entre Estado e mercado, cujo intuito era conferir maior racionalidade e eficiência na prestação dos serviços e gestão das infraestruturas públicas<sup>174</sup>.

A instrumentalização de um *Project Finance* é bastante complexa e está umbilicalmente atrelada, em matéria de serviços e infraestrutura pública<sup>175</sup>, à constituição de uma Sociedade de Propósitos Específicos (SPE)<sup>176</sup>, cujo principal objetivo é segregar a atividade empresarial afeta ao empreendimento das demais atividades desenvolvidas pelos seus sócios.

A criação da Sociedade de Propósitos Específicos (SPE) assume extrema relevância para a viabilização do *Project Finance*. Efetivamente, se a principal garantia do financiador toma por base as receitas futuras que serão geradas a partir da operação do empreendimento, o seu fluxo de caixa (*cash flow*) não pode ser afetado por obrigações contraídas pelos sócios da Sociedade de Propósitos Específicos (SPE)<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> Conforme relata AYALA, Bernardo Diniz De. O Poder de Modificação do Contrato Administrativo com Regime de Project Finance. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE). Revista de Contratos Públicos, Coimbra, n. 2, p. 57, maio-agosto 2011.

<sup>175</sup> Claudia Tamarowski explica: “*Alla base di qualsiasi operazione di project finance è, pertanto, la capacità, o meglio, l’attitudine dell’attività economica finanziata, cioè del progetto, di produrre i flussi di cassa in grado di garantir el servizio del prestito, nonché un adeguata remunerazione del capitale investito. Per questi motivi, anche se lá finanza di progetto há avuto origine negli USA per soddisfare un fabbisogno di risorse di natura privada, la técnica in oggetto è, particolarmente, indicata per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.*”. (TAMAROWSKI, Claudia. Project Financing e Opere Pubbliche in Italia. Il settore dele costruzioni. Milano: EGEA, 2001. p. 02).

<sup>176</sup> A origem da expressão advém do direito norte-americano “*special purpose company*” - SPC, abrangendo as sociedades cujo objeto se limita, exclusivamente, à exploração de um determinado empreendimento. Também, pode ser denominada de “*special purpose vehicle* - SPV. No Brasil, a expressão consagrada pelo legislador foi Sociedade de Propósitos Específicos (SPE), como se vê do disposto no art. 9º da Lei n.º 11.079/04, que regula as parcerias público-privadas.

<sup>177</sup> Jonh D. Finnerty (Asset-based financial engineering. New York: Wiley, 1996. p. 9) explica a questão dos riscos: “*Often, the risks associated with a Project are so great that it would not be prudent for a single party to bear them alone. Project Financing permits the sharing of operating and financial risks among the variou interested parties, and it does so a more flexibe manner than financing of the sponsors general credit. Risk sharing is advantageous when economic, technical, environmental or regulary risks are of such magnitude that it would be impractical or imprudent for a single party to undertake them.*”

Para as sociedades empresárias, a vantagem na segregação das atividades está na limitação da sua responsabilidade<sup>178</sup> à sua participação no capital da Sociedade de Propósitos Específicos (SPE), assim, evitando o comprometimento do seu patrimônio além do que foi acordado<sup>179</sup>.

Para os fins e limites do presente estudo, importa observar que o financiamento de um projeto na área de infraestrutura pública não se esgota apenas na figura do agente financiador e da Sociedade de Propósitos Específicos (SPE). Existem diversas outras relações contratuais que se formam a partir da concepção e operacionalização do projeto, mobilizando vários agentes como os patrocinadores ou *sponsors*, Sociedade de Propósitos Específicos (SPE), poder concedente e/ou regulador, operadores, construtoras, fornecedores de equipamentos e materiais, empresas independentes (como, por exemplo, consultores financeiros), debenturistas, credores ou financiadores, banco líder, agente fiduciário ou *trustee*.

A prática internacional na concepção de *Project Finance* aponta como uma das suas principais características a formação de uma rede coligada de contratos que abrangem, além dos contratos societários, contratos financeiros e de garantia, contratos

---

<sup>178</sup> Henrique Bastos Rocha ensina que é a partir da segregação jurídica, viabilizada a partir da constituição da Sociedade de Propósitos Específicos (SPE) que se obtém a segregação patrimonial. O estudioso adverte, ainda, para a necessária segregação contábil e o controle do fluxo de caixa do projeto. Assim, as receitas provenientes da exploração do empreendimento devem ser contabilizadas de forma separada, a fim de que se tenha controle sobre a destinação dos recursos vinculados à satisfação dos financiadores. Esclarece o autor que é uma prática internacional a criação de uma conta vinculada (*escrow account*) a ser controlada por um terceiro em relação à sociedade (*trustee*). ROCHA, Henrique Bastos. A Sociedade de Propósito Específico nas Parcerias Público-Privadas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 136, p. 21-33, 2006.

<sup>179</sup> O montante de capital próprio dos sócios que compõem a Sociedade de Propósito Específico (SPE) é variável, sendo comumente definida pelo financiador a partir de uma avaliação dos diversos riscos alocados no projeto. O *Project Finance* se denomina como *non recourse* quando não existe garantia por parte dos acionistas em relação ao fluxo de caixa do empreendimento. Ao revés, quando existe uma garantia parcial do acionista em relação ao fluxo de caixa, o *Project Finance* é denominado de *limited recourse*. Na hipótese de existir garantia total do fluxo de caixa do empreendimento, está-se diante de um *full recourse*. Dulce Corrêa Monteiro Filha e Marcial Pequeno Saboya Castro esclarecem que: “Em pesquisa incluindo os maiores grupos bancários internacionais, foi constatado que as operações de *Project Finance* sob a modalidade *non recourse* representam apenas 7% do total de operações, sendo que 72% das operações são realizadas sob a modalidade *limited recourse*. Já as operações *full recourse*, que, a rigor, não podem ser consideradas *Project Finance*, representam 21% das estruturas montadas para financiamentos de grandes Projetos.” (MONTEIRO FILHA, Dulce Correa; CASTRO, Marcial Pequeno Saboya. *Project Finance para a Indústria: Estruturação de Financiamento*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 7, p. 107-124, dez. 2000). Portanto, no Brasil, não tem sido muito comum a prática do *Project Finance* puro, ou seja, aquele lastreado única e exclusivamente nos recebíveis do projeto. Não raro, ao menos no início do projeto, algumas garantias corporativas são exigidas como forma de minorar os riscos envolvidos no próprio financiamento.

de empreitada, fornecimento de materiais e equipamentos operacionais, bem como o próprio contrato de concessão firmado com o poder público<sup>180</sup>.

São, portanto, vários contratos coligados<sup>181</sup> que constituem uma rede heterogênea, mas interdependente de vários contratos, a criar uma espécie de solidariedade sistêmica que se beneficiará do eventual êxito do empreendimento. Portanto, o contrato de concessão não reina mais sozinho. A implantação do projeto concessional está direta e intrinsecamente ligada a uma complexa rede coligada de outros contratos, abrangendo interesses econômicos, financeiros, técnicos e jurídicos que gravitam em torno do próprio projeto, assim, gerando uma solidariedade sistêmica.

#### 2.2.5.1 A multilateralidade e a mutabilidade

Não raro, as decisões tomadas nos lindes do contrato de concessão não mais afetam apenas as partes formalmente vinculadas, mas espriam seus efeitos para os integrantes das demais relações contratuais interdependentes e coligadas na complexa teia que sustenta holisticamente o projeto.

Nessa linha de raciocínio, pode-se aludir que a mutabilidade contemporânea assume, igualmente, uma dimensão multilateral toda vez que a alteração do contrato de concessão produz reflexos além das partes que formalmente integram a relação contratual. Essa compreensão da dimensão multilateral da mutabilidade contemporânea nos contratos de concessão é bastante relevante e permite chegar a algumas conclusões.

É possível asseverar que é dever inerente às partes considerar os efeitos e impactos que eventual alteração do contrato produzirá nos interesses daqueles que estão, direta ou indiretamente, ligados ao pacto concessional. Não sendo o contrato de concessão contemporaneamente categorizado como um pacto bilateral, não faz sentido atrelar-se a uma visão reducionista quando for operacionalizada a sua mutabilidade.

---

<sup>180</sup> José Virgílio Lopes Enei explica, detalhadamente, essa rede heterogênea de contratos coligados, anotando que se tratam de contratos empresariais unidos por uma finalidade sistêmica de captação de recursos para implantação e desenvolvimento do empreendimento em longo prazo. O autor destaca, ainda, que a Sociedade de Propósito Específico (SPE) ocupa uma posição central na rede contratual, que forma o financiamento do projeto. ENEI, José Virgílio Lopes. Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos: parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61.

<sup>181</sup> Eduardo Takemi Kataoka explica que a coligação contratual se dá quando um contrato produz efeitos sobre os outros. KATAOKA, Eduardo Takemi. A coligação contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 62.

Logo, deve a avaliação da alteração ser prospectiva, o que implica ponderar e sopesar todos os interesses que poderão ser afetados, ainda que reflexamente, com a modificação do contrato.

Quando se alude a uma avaliação prospectiva da alteração contratual, não se quer dizer que a alteração não possa, em alguma medida, restringir ou produzir efeitos negativos em alguns dos interesses ligados ao centro gravitacional do contrato de concessão. Pode ser que a afetação de um determinado interesse seja um consectário decorrente da própria modificação do contrato.

Menciona-se o trivial exemplo de uma alteração de contrato de concessão que implique mudança da estrutura tarifária, desse modo, acarretando na sua majoração. O interesse dos usuários será afetado, negativamente, com uma tarifa mais elevada, mas, ainda assim, se essa for a solução mais razoável, eficiente e justa para o equilíbrio do sistema regulatório, não haverá qualquer vedação ou interdição para a concretização da modificação.

Diferente seria se a alteração da estrutura tarifária ocorresse sem a devida ponderação sobre os impactos produzidos nos interesses dos usuários. Assim, avaliações prospectivas não devem ser voluntaristas ou subjetivas, mas amparadas em estudos e demonstrações empíricas que fundamentem racionalmente a alteração do contrato.

Outro aspecto relevante a se destacar e que decorre da concepção multilateral da mutabilidade contemporânea é a tendência - assinalada no item anterior - a uma participação mais ativa dos diversos interessados que, eventualmente, poderão ser afetados com a alteração do contrato de concessão. Por isso, é razoável supor que quanto maior for o grau de participação e a obtenção de informações dos múltiplos interessados, mais legítima será a alteração do contrato de concessão e, possivelmente, maior o grau de eficácia em relação aos efeitos esperados.

Com isso, não se está afirmando que em toda e qualquer situação de alteração do contrato de concessão todos os possíveis interessados devam, obrigatoriamente, participar, visto que nem sempre haverá interesse ou mesmo justificativa concreta e razoável para que isso ocorra.

Imagine-se, por exemplo, uma alteração técnica no modo de execução do objeto que não venha a produzir qualquer consequência para o subcontratado do cocontratante ou mesmo para a seguradora. Ainda que sejam terceiros que mantêm vínculos de interesse com o centro gravitacional do contrato de concessão, não haveria razão lógica para

oportunizar sua manifestação prévia à própria alteração devido à sua absoluta falta de interesse no objeto da modificação.

Acredita-se que a relação dialógica e multilateral ora propugnada como antecedente dos processos de mutação do contrato de concessão deve ser aquela que atenda a dois requisitos: a) quando a coleta de manifestação prévia dos potenciais interessados se desvelar legitimadora para o aperfeiçoamento do processo de alteração, permitindo ampliar a visão dos impactos e as consequências da alteração pretendida, considerando distintos pontos de vista; b) garantidora dos interesses daqueles que poderão ter a sua esfera de direitos afetada pela alteração do contrato.

Caberá à regulação do contrato de concessão estabelecer *standards* que permitam procedimentalizar a participação de todos os interessados que estejam conectados ao centro gravitacional do contrato de concessão<sup>182</sup>. Mesmo no caso de eventual omissão do contrato, não poderão ser desconsideradas as manifestações espontâneas de terceiros que venham, de algum modo, demonstrar interesse em compreender os objetivos da alteração do contrato, em especial quando comprovarem que a sua esfera de direitos poderá sofrer algum tipo de impacto com a modificação contratual pretendida.

Dependendo da magnitude da alteração do contrato de concessão, seja pelo valor ou pela repercussão da alteração na sociedade, é razoável cogitar a prévia publicidade das justificativas e dos estudos que pretendam alterar o contrato, permitindo que novas manifestações sejam produzidas a partir do conhecimento das razões que motivaram a adequação do contrato original.

Imagine-se, por hipótese, uma proposta de aditamento contratual que modifique o trajeto de uma linha de metrô e repercuta diretamente em outros modais e na organização do espaço urbano. Não se trata de alteração de contrato cujos interesses se circunscrevam apenas ao contraente público e cocontratante. Muito ao contrário, pode-se deduzir o interesse dos usuários, dos cocontratantes de outros modais (como em ônibus, VLT ou BRT, por exemplo), de associações de moradores e de outros operadores econômicos que

---

<sup>182</sup> Conforme leciona Floriano Azevedo Marques Neto: “Quando olhamos a concessão na perspectiva multipolar, é fundamental que sejam contemplados procedimentos e normas para proteção e participação dos demais interesses de particulares envolvidos no objeto delegado. Assim é que, nas concessões mais recentes, mecanismos de representação de usuários foram incluídos (comitês, órgãos de ouvidoria obrigatórios nas concessionárias, mecanismos de arbitragem ou composição de interesses, participação aberta em procedimentos de revisão de preços e tarifas, entre outros tantos). [...] Outrossim, os contratos passam a contemplar mecanismos de envolvimento dos financiadores e dos investidores (inclusive acionistas de concessionária de capital aberto em bolsa e debenturistas), como são bons exemplos os mecanismos de *step-in-rights*, que, em caso de inadimplemento da concessionária, permitem a transferência da concessão ao financiador sem necessidade de prévia anuência do concedente, rompendo a lógica da concessão intuito personae, que caracterizava o instituto no modelo bipolar.” (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 373 - 374).

compreendam que a alteração vulnera o princípio da livre concorrência ou, mesmo, não atende ao interesse público na hipótese.

Nada obsta que o próprio contrato de concessão estabeleça a obrigatoriedade de realização de prévia audiência ou consulta pública para que outros interessados possam se manifestar, antes da formalização em definitivo da alteração do contrato. Aliás, ainda que o contrato seja omissivo, pode-se recorrer ao regramento contido no artigo 31 da Lei n.º 9.847/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e estabelece que, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

O que importa registrar é que a multilateralidade do contrato de concessão e, conseqüentemente, da própria mutabilidade, induz ao procedimento de alteração não se restrinja apenas às partes contratantes, estendendo seus efeitos e impactos para uma pluralidade de distintos sujeitos diretamente conectados ao centro gravitacional do objeto principal, o que pode atrair variados regimes jurídicos.

#### 2.2.5.2 Um exemplo de mutabilidade multilateral: as concessões de aeroportos

Um importante exemplo da aludida mutabilidade multilateral e de interesse de terceiros que não integram formalmente o contrato pode ser identificado na delegação dos aeroportos. Já se teve a oportunidade de sustentar que a concepção empresarial do instituto da concessão possibilita outros meios capazes de produzir receita para o cocontratante, ainda que não diretamente ligados à atividade principal do objeto do contrato<sup>183</sup>.

Na infraestrutura aeroportuária, as receitas acessórias, se comparadas com os demais setores, proporcionam a obtenção de renda e, por conseguinte, apresentam maior importância na própria concepção do equilíbrio econômico do contrato, especialmente, quando a gestão e a operação do aeroporto são delegadas à iniciativa privada.

Nos aeroportos, são expressivas as receitas que decorrem dos contratos de arrendamento de seus espaços comerciais, ou seja, da exploração de lojas, restaurantes e

---

<sup>183</sup>GARCIA, Flavio Amaral. Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172. No mesmo sentido, ver TOLOSA FILHO, Benedicto. Lei das Concessões e permissões de serviços públicos comentada e anotada. Rio de Janeiro: AIDE, 1995. p. 54-55.

demais atividades econômicas criadoras de utilidades para os usuários dos aeroportos<sup>184</sup>. Vale recordar que as recentes concessões aeroportuárias brasileiras se ocuparam em modelar as receitas acessórias nos editais e contratos<sup>185</sup> como parte sistêmica e fundamental do negócio, acompanhando a lógica do setor e a própria tendência internacional.

Nesse contexto, diversas sociedades empresárias, de pequeno, médio e grande porte, nacionais e internacionais, celebraram os mais variados contratos privados com os cocontratantes de aeroportos, arrendando espaços comerciais nos aeroportos para explorar, licitamente, atividades empresariais, sempre integradas e conectadas diretamente ao objeto principal da concessão.

Os interesses das partes estão integrados em um sistema maior, que depende da viabilidade técnica, operacional, econômica e financeira do complexo aeroportuário. Os distintos contratos que conferem base jurídica para essas concessões multilaterais não são estanques e autônomos, mas estão alicerçados na premissa da interdependência.

Na perspectiva multilateral da mutabilidade, eventuais alterações subjetivas ou objetivas do contrato de concessão deverão, forçosamente, considerar os interesses desses terceiros que, mesmo sem integrar formalmente a relação jurídica principal, são titulares de direitos subjetivos vinculados ao êxito do negócio<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Recentemente, o Jornal Valor Econômico divulgou que: “Receita acessória aumenta ganho das concessionárias: Na concessionária Aeroportos Brasil Viracopos, a representatividade dessas receitas aumentou de 2% do faturamento, em 2012, para 20% hoje. [...] Até 2042, ao final da concessão, pretendemos atingir 33% [...] diz Gustavo Mussnich, presidente da concessionária. Neste ano, a receita acessória da empresa cresceu 30% sobre 2015, um salto que também se deve à ampliação das operações. Em abril, a empresa passou a operar com um terminal seis vezes maior que o antigo.” (CAPOZOLI, Rosângela. Receita acessória aumenta ganho das concessionárias. *Valor*. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4792587/receita-acessoria-aumenta-ganho-das-concessionarias>>. Acesso em: 18 out. 2017).

<sup>185</sup> A título de exemplo, confira-se, respectivamente, disposição contratual e editalícia sobre o tema, prevista nas Concessões do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro (Galeão) e Tancredo Neves (Confins): “4.11. A Concessionária poderá explorar atividades econômicas que gerem Receitas Não Tarifárias, conforme previsto no PEA, diretamente ou mediante a celebração de contratos com terceiros, em regime de direito privado.”; “1.3. A finalidade do presente Leilão é a CONCESSÃO PARA AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO DOS AEROPORTOS, conforme disposto na Minuta do Contrato e dos Anexos ao Contrato correspondente ao Aeroporto objeto da Concessão, em consonância com os requisitos contidos neste Edital e Anexos, a ser remunerada por meio de Receitas Tarifárias e não Tarifárias.” (grifos nossos).

<sup>186</sup> Quando da edição da Medida Provisória n.º 752, de 24.11.16, cujo objetivo era dispor sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal, se teve a oportunidade de sustentar a omissão na regulação dos interesses dos terceiros que celebraram contratos de arrendamento com o concessionário: “Contratos de longo prazo são intensamente suscetíveis a variações econômicas, financeiras, sociais, tecnológicas e políticas, desafiando o manuseio de instrumentos jurídicos que possam operacionalizar a sua mutabilidade e garantir a sua estabilidade, sem, entretanto, ofender direitos de terceiros com indevidas alterações que modifiquem profundamente as “regras do jogo” à época da realização da licitação. [...] Infelizmente, a MP 752/16 se preocupou apenas com a relação direta estabelecida entre o poder concedente e os atuais concessionários, esquecendo-se que estes contratos encerram natureza multilateral e que várias relações



Enfim, materializa-se como um dever jurídico do Estado (legislador, regulador ou executor) compreender a dimensão multilateral do contrato de concessão e da sua mutabilidade a partir de uma visão sistêmica<sup>187</sup>, para tanto, criando um ambiente público negocial conformador da segurança jurídica e que maximize a estabilidade das distintas relações jurídicas em seus múltiplos aspectos.

## 2.2.6 Os contratos de concessão à luz da Análise Econômica do Direito

Pode-se afirmar que uma das mais relevantes contribuições da Análise Econômica do Direito<sup>188</sup> foi a estruturação da *Incomplete Contract Theory*<sup>189</sup>, cuja ideia central reside na constatação de que os contratos não podem regular e pactuar de forma completa e absoluta todas as circunstâncias e contingências possíveis de ocorrer ao longo da sua

---

contratuais adjacentes e acessórias gravitam em torno das concessões rodoviárias, ferroviárias e aeroportuárias, a reclamar uma regulação sistêmica e integrada que enxergue o todo e não apenas parte dele.” (GARCIA, Flavio Amaral. MP das Concessões e o Risco nas Relicitações. *Jornal Valor Econômico*, 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniaio/4818538/mp-das-concessoes-e-o-risco-nas-relicitacoes>>. Acesso em: 25 set. 2017).

<sup>187</sup> No mesmo sentido ver FREITAS, Rafael Vêras de. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicas e a sua regulação. Interesse Público. *Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 101, p. 224, jan./fev. 2017.

<sup>188</sup> A Análise Econômica do Direito propugna um enfoque interdisciplinar entre Economia e Direito, aplicando a Teoria Microeconômica à realidade e aos fenômenos jurídicos. O berço do seu desenvolvimento se deu nos Estados Unidos da América. Hodiernamente, a *Law and Economics* comporta múltiplas correntes que incorporaram distintas tendências e pensamentos, não sendo, evidentemente, objetivo do presente trabalho avançar nas investigações da sua complexa base teórica. Cabe apenas o registro das seguintes Escolas: a) Escola de Chicago, que se centra na eficiência como critério para a criação de regras e instituições da *Common Law* e no papel do Judiciário para fazer cumprir os contratos; b) a Escola de Yale, distintamente, admite outros objetivos a serem tutelados pelo sistema jurídico que não a eficiência, abordando também a justiça e a equidade; c) a Escola de Virginia, que amplia os horizontes em relação à Escola de Chicago, com avanços no campo das intersecções entre Ciência Política, Direito e Economia, com a abordagem metodológica da *Public Choice*. Sobre o tema ver COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988; BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015; PARISI, Francesco. *Scuole e Metodologie nell'analisi economica del diritto*. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2005/parisi1.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017; POSNER, Richard A. *Economics analysis of Law*. 6. ed. Aspen: Aspen Publishers, 2003; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 4. ed. Addison Wesley: Longman, 2004; KLEIN, Vinicius. *Os contratos empresariais de longo prazo: Uma análise a partir da argumentação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; ZYLBERSTAIN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; COLOMA, German. *Análisis Económico del derecho privado y regulatório*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001; CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 01, p. 155-200, jan./jun. 2014; DÍAS, José Ramón Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997; SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

<sup>189</sup> Não é o objetivo do presente estudo investigar todos os aspectos da Teoria dos Contratos Incompletos, dada a sua complexidade e o necessário conhecimento de economia. O que se objetiva com o item é a sintetização das suas principais características e contornos no mundo dos contratos e, principalmente, identificar a sua correlação, influência e impacto nos contratos concessionais, extraindo da teoria algumas conclusões que podem repercutir na temática da mutabilidade.

execução, o que se evidencia ainda mais nos contratos de longa duração ou de execução diferida<sup>190</sup>.

Outro importante contributo da Análise Económica do Direito é a propugnada Teoria dos Contratos Relacionais, que estabelece como premissas a cooperação, a solidariedade e a boa-fé, em especial, nos contratos duradouros.

Pretende-se demonstrar como essas teorias podem ser extremamente úteis na compreensão e no estudo contemporâneo dos contratos de concessão, bem como o seu efetivo impacto na compreensão da mutabilidade.

#### 2.2.6.1 A teoria dos contratos incompletos

Contratos completos são aqueles que, supostamente, predeterminam todas as situações e ocorrências futuras que podem impactar a relação jurídica contratualizada, com a explicitação de todas as contingências e a antecipação das correspondentes consequências para cada uma das partes.

No modelo contratual clássico, as partes revelam condições de processar todas as informações, sem qualquer assimetria e com uma compreensão cognitiva absoluta de todas as suas condições e todos os seus termos<sup>191</sup>.

Para Cateb e Gallo (2007) contratos completos são aqueles que podem, em tese, especificar todas as características físicas de uma transação, tais como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro<sup>192</sup>. As transações e trocas entre as partes seriam realizadas sem custo, considerando a suposta compreensão e processamento absoluto de todas as informações necessárias para a celebração da avença<sup>193</sup>.

Não haveria, por via de consequência, necessidade de qualquer acréscimo ou ajuste, uma vez que ambas as partes seriam tomadas por inabaláveis certezas a propósito dos seus objetivos, deveres, direitos e responsabilidades. Utilizando uma figura de

<sup>190</sup> Essa constatação não é inédita no Direito, mas ganha colorações económicas relevantíssimas para o estudo dos contratos.

<sup>191</sup> Fernando Araújo explica: “A ideia de contrato completo ficaria assim remetida para o plano de um conceito regulador, uma abstracção susceptível de servir de padrão aferidos conquanto se reconheça a sua impraticabilidade – algo de similar à função desempenhada por variados pontos de referência que balizam o desenvolvimento das ciências sem fazerem parte do respectivo acervo empírico.” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 155).

<sup>192</sup> CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves Considerações sobre a Teoria dos Contratos Incompletos. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>>. Acesso em 22 ago. 2016.

<sup>193</sup> Sobre as características definidoras de um contrato completo ver MILGROM, P.; ROBERTS, J. Economics, Organization and Management. New York: Pilgrim Books, 1992.

linguagem, é como se o contrato fosse um quadro e as partes pudessem, *ab initio*, preencher integralmente o seu interior, esgotando todas as variáveis e possibilidades.

A partir da *Incomplete Contract Theory* se constatou que o modelo de completude contratual não passava de uma quimera jurídica, sendo intrínsecos às relações contratuais a racionalidade limitada das partes<sup>194</sup>, o comportamento tendencialmente oportunista<sup>195</sup> e a assimetria informacional<sup>196</sup> que incide na relação contratual.

O inacabamento é o reconhecimento empírico de que, no plano contratual, nem tudo é previsível, certo e determinado. A partir de uma visão econômica do Direito, compreende-se os contratos como estruturas normativas incompletas, inacabadas e dotadas de lacunas que não podem ser *ex ante* integradas, notadamente em razão dos custos de transação.

A Teoria Econômica dos Contratos Incompletos não pode ser compreendida sem uma correlação com a Teoria dos Custos de Transação pioneiramente desenvolvida no clássico estudo de Ronald Coase (1937)<sup>197</sup> e que concebeu um novo paradigma econômico do papel do mercado e das empresas.

A Teoria dos Custos de Transação foi determinante para a formulação e assimilação da incompletude contratual como qualificação intrínseca aos contratos. Foi a

---

<sup>194</sup> Atribui-se a Herbert A. Simon a análise original da racionalidade limitada, que decorre das naturais restrições na obtenção de informações e dados e, principalmente, na incapacidade do ser humano em processar as informações disponíveis. Nem sempre a decisão é tomada racionalmente, podendo o seu móvel ser a satisfação de um determinado prazer. O contrato poderá ser considerado positivo não pelo resultado econômico alcançado, mas pela busca da satisfação e do bem-estar pessoal, fatores de cunho subjetivo não caracterizadores de uma decisão estritamente racional. Ver SIMON, HERBERT A. *Administrative Behavior*. 2. ed. New York: Macmillan, 1957.

<sup>195</sup> Conforme assevera a doutrina econômica, diante de lacunas e omissões contratuais, os agentes econômicos tendem a agir buscando um benefício próprio nas transações, manipulando estrategicamente as informações ou falseando as intenções. Portanto, devido à racionalidade limitada, é impossível elaborar contratos completos e, das contingências não previstas, emergirão as lacunas contratuais que, sujeitas às ações oportunistas, por conseguinte, demandarão adaptações para a manutenção do relacionamento. Sobre o tema, ver WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. Nova York: Free Press, 1985. LOWE, Adolph. *An economics knowledge: toward a science of the political economics*. Nova York: M. E. Sharp, 1965. SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. *Incerteza, racionalidade limitada e comportamento oportunista: um estudo na indústria brasileira*. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/RAM/article/viewFile/3520/3963>>. Acesso em: 21 set. 2017.

<sup>196</sup> A teoria da assimetria informacional foi assentada a partir dos estudos, ainda na década de 1970, desenvolvidos por George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz, que receberam o prêmio Nobel de Economia em 2001. A ideia-chave da teoria consiste na constatação de que numa relação econômica, sempre, uma das partes tem um conhecimento mais específico e profundo sobre o objeto do contrato. A consequência é que a assimetria de informações altera o comportamento das partes e pode modificar também a própria estrutura do negócio. Ver AKERLOF, George A; SPENCE, Michael; STIGLITZ, Joseph. *Markets with Asymmetric Information*. Disponível em: <[https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2001/advanced-economicsciences2001.pdf](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2001/advanced-economicsciences2001.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

<sup>197</sup> COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. *Economica*, New Jersey, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

partir dessa percepção que se identificou que as transações pressupõem, a partir do ponto de vista econômico, uma precificação dos custos na obtenção das informações, da negociação e do monitoramento<sup>198</sup>. Portanto, nenhum contrato está isento da existência de custos de transação *ex ante* e *ex post*<sup>199</sup>.

A partir da demonstração empírica da concepção dos custos de transação, a *Incomplete Contract Theory* parte da correta premissa de que quanto maior for o detalhamento no contrato, maiores serão os custos de transação, a justificar que determinadas contingências não sejam previamente parametrizadas no instrumento contratual<sup>200</sup> como forma de atingir resultado mais eficiente.

Outro fundamento que ampara a concepção de incompletude dos contratos é a racionalidade limitada (*bounded rationality*) dos contratantes, que repousa na impossibilidade concreta das partes anteverem todas as supervenientes ocorrências e todos os eventos exógenos que podem surgir ao longo da execução do contrato. As partes possuem capacidade cognitiva restrita, sendo realisticamente inviável processar todas as informações e trocas em tempos exíguos no curso do processo decisório.

Há, ainda, outro aspecto bastante relevante a destacar e de extrema utilidade para as conclusões que se pretende alcançar: trata-se da ideia de que a incompletude dos contratos não é absolutamente excluyente da partilha racional de riscos elaborada *ex ante*

---

<sup>198</sup> Como explica Marcos Nóbrega: “Portanto, a ideia de COASE é intuitiva. Argumenta o autor que sempre haverá custos na negociação, monitoramento e coordenação entre as partes. Dessa forma, como as transações tornam-se custosas, os mercados falham em atingir um equilíbrio eficiente e novos arranjos devem ser encontrados. Logo, ao lançar mão do mercado os agentes econômicos incorrerão em custos para transacionar e coletar as informações necessárias para por a termo os negócios. A partir daí, o elemento fundamental da economia passa a ser a transação, tornando-se uma unidade de abordagem microanalítica e a firma uma estrutura de gestão onde a estrutura interna os incentivos, bem como os controles envolvidos passam a ter uma dimensão mais importante do que suas funções de produção.” (NOBREGA, Marcos. *Contratos Incompletos e Infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs*. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, abr./jun. 2009).

<sup>199</sup> Para Ezio Guerinoni, os custos de transação envolvem todos os custos indispensáveis para a negociação, execução e monitoramento de um contrato, incluído todo o tempo e esforço que as partes despenderam para chegar a um acordo (GUERINONI, Ezio. *Incompletezza e completamento del contratto*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 42). Steven N. S. Cheung aduz que os custos de transação consistem nos custos de se executar um acordo ou troca de direitos (CHEUNG, Steven N.S. *Economic organization and transaction costs*. In: EATWELL, Jonh; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (Org.). *The new palgrave: a dictionary of economics*. London: The Macmillan Press Limited, 1987. p. 56 - 57. v. 2.). Williamson explicitou que os custos *ex ante* seriam os de negociação, elaboração das cláusulas contratuais e garantias ao cumprimento daquilo que foi contratado, sendo que os custos *ex post* seriam os custos de renegociação e de fiscalização da execução do contrato (WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institution of Capitalism: firmas, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985. p. 21).

<sup>200</sup> Giuseppe Bellantuono anota que as variações dos custos de produção, as condições da demanda e as inovações tecnológicas são possíveis contingências que podem denotar a opção pela celebração de um contrato incompleto (BELLANTUONO, Giuseppe. *Contratti Incompleti e norme social*, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Bolonha, Ano 19, n. 2-3, p. 261, jun./set. 2001.

pelas partes. Ao contrário, alocação prévia *ex ante* de riscos e lacunas contratuais para integração *ex post* são essencialmente complementares.

As partes podem, voluntariamente, postergar o preenchimento das lacunas. Isso se pode dar em razão do custo da precificação *ex ante* ser elevado<sup>201</sup> ou porque a gestão superveniente pode ser mais eficiente do que a delimitação e fixação da alocação de riscos no momento inicial da celebração do contrato.

Antônio Fici (2005)<sup>202</sup> descreve o contrato incompleto como um modelo alternativo de gestão de risco, que se notabiliza por determinar um procedimento para alocação *ex post* do risco. Trata-se da incompletude deliberada que, a rigor, é uma estratégia contratual conscientemente adotada pelas partes.

Fernando Araújo (2007) aponta que quando as partes parecem agir avisadamente, remetendo para momento posterior uma decisão sobre contingências que *ex ante* se afiguram de baixa probabilidade, estão, implicitamente, tenham ou não consciência ou vontade disso, procedendo já a uma partilha de riscos num contexto dinâmico *ex ante* – *ex post*, e, mais do que isso, estão convocando para o seio do contrato uma área estruturalmente inegociável, que é a das ambiguidades contextuais e supervenientes<sup>203</sup>.

No mesmo sentido, Paula Greco Bandeira (2015)<sup>204</sup> alude que o contrato incompleto traduz negócio jurídico no qual se adota a técnica de gestão negativa dos riscos econômicos, visto que os contratantes, deliberadamente, deixam em branco determinados elementos da relação contratual como forma de gerir os riscos de superveniência. Contrapõe-se, assim, à gestão positiva do risco econômico, na qual as partes alocam *ex ante*, no momento da celebração do contrato, os ganhos e as perdas decorrentes de determinado evento.

Portanto, contratos duradouros, mormente aqueles que envolvem operações econômicas mais complexas, podem sugerir estratégias combinadas de gestão de riscos *ex ante* (com decisão prévia sobre a alocação de riscos já devidamente clausulada) e *ex post* (diferindo determinados riscos para futura resolução, até mesmo para que seja considerado o contexto fático do momento da ocorrência do evento)<sup>205</sup>. Outro aspecto

---

<sup>201</sup> Conforme DYE, Ronald A. Costly contract contingencies. *International Economic Review*, Pensilvânia, n. 26, p. 233, fev. 1985; BATTIGALLI, Pierpaolo; MAGGI, Giovanni. *Contracting over time when writing is costly*. 2001. Disponível em: <[https://www.academia.edu/1381986/Contracting\\_over\\_time\\_when\\_writing\\_is\\_costly](https://www.academia.edu/1381986/Contracting_over_time_when_writing_is_costly)>. Acesso em: 25 mai. 2016.

<sup>202</sup> FICI, Antonio. *Il contratto incompleto*. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 125.

<sup>203</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 173.

<sup>204</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 51.

<sup>205</sup> Nesse sentido, leciona COSTA, Judith Martins. A cláusula *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista dos Tribunais*, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, p. 17, abr./jun. 2010.

importante é que essa incompletude posterior dos contratos pode ser colmatada pelas próprias partes, unilateralmente<sup>206</sup> ou mesmo por terceiros<sup>207</sup>, a quem o contrato atribua a função de preencher a lacuna e o inacabamento.

A incompletude e a existência de lacunas nos contratos, notadamente nos contratos de longa duração, implicam forçosamente em um maior grau de flexibilidade e elasticidade nos contratos, a fim de justificar estruturas endógenas que confirmam às partes maior adaptabilidade às circunstâncias, aos eventos ou às contingências que não foram previstas na regulação contratual *ex ante*.

A vocação natural para o preenchimento das incompletudes contratuais deliberadas é o consenso a ser buscado pelas próprias partes<sup>208</sup>. É razoável supor, desse modo, que as partes contratantes tenham maior capacidade de tutelar seus próprios interesses e promover a melhor alocação de recursos possível do que terceiros estranhos à relação contratual, em especial, quando a lacuna ou o inacabamento decorreu de vontade deliberada das próprias partes como um modelo alternativo de gestão dos riscos.

Mesmo a incompletude pode comportar distintos graus. Pode ser que o próprio contrato estipule os critérios para o preenchimento da lacuna ou pode decorrer de uma maior vagueza que implicará, necessariamente, na utilização de uma hermenêutica contratual que leve em consideração a vontade declarada das próprias partes.

Mas quando a incompletude não é solucionada por meio de consenso entre as partes, o Poder Judiciário ou a arbitragem são os meios comumente utilizados para dirimir as controvérsias que advenham de contratos lacunosos ou incompletos<sup>209</sup>, ainda que

---

<sup>206</sup> Um exemplo de determinação unilateral se encontra na regulação das obrigações alternativas no Código Civil Brasileiro. Dispõe o artigo 252, o seguinte: Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

<sup>207</sup> Inspirado no artigo 1.592 do Código Civil francês e no artigo 1.473 do Código Civil italiano, o artigo 485 do Código Civil brasileiro, quando regula o contrato de compra e venda, prescreve espécie de arbitramento por terceiros.: “Art. 485. A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa”. Também no que se refere ao contrato de mandato, o Código Civil Brasileiro estipula arbitramento por terceiro: “Art. 658. O mandato presume-se gratuito quando não houver estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa. Parágrafo único. Se o mandato for oneroso, caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será ela determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento”.

<sup>208</sup> Sob a perspectiva econômica, o problema dessas negociações *ex post* consiste na assimetria de informações entre as partes contratantes que pode acarretar em comportamentos oportunistas. Ver sobre o tema, MCAFEE, R. Preston; MCMILLAN, John, Government procurement and international trade. *Journal of International Economics*, Amsterdam, v. 26, p. 291-398, mai. 1989.

<sup>209</sup> Para Oliver Hart e John Moore, nem todas as decisões podem ser sindicáveis, pois muitas delas resultam de decisões econômicas e, conseqüentemente, não devem ser alteradas no curso do contrato. Ver HART, Oliver; MOORE, John. Foundations of incomplete contracts. *Review of Economic Studies*, Reino Unido, n. 66, p. 155, jan. 1999.

evidenciada a assimetria informacional do decisor externo quanto ao nível de conhecimento das próprias partes.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005)<sup>210</sup> anotam que o papel primordial de juízes e árbitros é o de garantir o cumprimento das promessas (*enforcement*) mediante a criação de incentivos para uma cooperação eficiente, com mais e melhores benefícios econômicos na solução das controvérsias. Cooter e Ullen (2004) afirmam que, garantindo o cumprimento das promessas, as cortes criam os incentivos para a cooperação eficiente<sup>211</sup>.

Esse é um aspecto fundamental na compreensão da teoria dos contratos incompletos, ou seja, o papel dos decisores externos no preenchimento das lacunas quando isso não for solucionável pelas próprias partes a partir dos critérios fixados no contrato ou mesmo considerada a interpretação das cláusulas e dos seus termos.

A compreensão econômica da incompletude contratual permite identificar que, particularmente, nas relações contratuais duradouras e de execução continuada, existem lacunas e inacabamentos que, comumente, não se resolvem pelos métodos tradicionais que os operadores do Direito estão acostumados a lidar<sup>212</sup>. Por conseguinte, ensejam a construção de uma tecnologia contratual dotada de mecanismos incentivadores de uma negociação pautada pelo dever de cooperação, eticidade, confiança e boa-fé e que iniba comportamentos tendencialmente oportunistas.

#### 2.2.6.1.1 A incompletude dos contratos de concessão e a mutabilidade

Na perspectiva do estudo em tela, a *Incomplete Contract Theory* tem enorme importância no campo do estudo dos contratos públicos de longa duração, em especial, dos contratos de concessão<sup>213</sup>, não obstante seja preciso cautela e prudência na

<sup>210</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 120.

<sup>211</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. Law & Economics. Boston: Addison Wesley, Longman, 2004.

<sup>212</sup> Rachel Sztjan critica os operadores do Direito que não se compadecem com a noção econômica de contrato incompleto, anotando que, quando faltam disposições positivadas para o contrato típico, recorrem às normas supletivas; e, se o evento futuro, imprevisível ou imprevisível, altera o sinalagma genético, o remédio é a aplicação da teoria da imprevisão (*rebus sic stantibus*). SZTAN, Rachel. Supply chain e incompletude contratual. Disponível em: <[www.revistassistemas.com.br/index.php/systemas/article/view/PDFInterstitial/10/11](http://www.revistassistemas.com.br/index.php/systemas/article/view/PDFInterstitial/10/11)>. Acesso em: 06 set. 17.

<sup>213</sup> Sobre o tema, ver NATAL, Tatiana Esteves. A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão. Disponível em: <[http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004\\_056\\_TATIANA\\_ESTEVES\\_NATAL\\_10082009-17h08m.pdf](http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017. NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, abr./jun. 2009. OTERO, Paulo. Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio

transposição de uma teoria que não foi construída ou pensada especificamente para os contratos públicos.

Inegável é, todavia, que várias das suas proposições e constatações empíricas são plenamente aplicáveis aos contratos públicos. Mesmo o arquétipo normativo imposto para os contratos públicos não tem o condão de inibir a transposição da racionalidade econômica da incompletude e da existência de lacunas (deliberadas ou súbitas<sup>214</sup>), a demandar o incremento de mecanismos de boa governação desses ajustes duradouros.

É equivocado presumir que a regulação do contrato de concessão seja capaz de avaliar, ponderar e alocar *ex ante* todos os riscos e contingências futuras. Até porque, tratando-se de um contrato público, sujeito à prévia realização de licitação, o grau de negociabilidade sobre as condições contratuais é reduzido em relação aos contratos de direito privado<sup>215</sup>.

Os contratos de concessão não têm, evidentemente, a capacidade de exaurimento ou de regulação absoluta de todos os seus aspectos. Por mais que o projeto concessional tenha sido estruturado a partir de premissas técnicas, econômicas, financeiras, regulatórias e jurídicas adequadas e tenha sido fruto de um planejamento condizente com a complexidade de operações desta natureza, o fato é que quanto maior o seu

---

Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1996/ano-56-vol-iii-dez-1996/doutrina/>>. Acesso em: 22 nov. 2017. MARTÍNEZ, Augusto Durán. Modificación de los Contratos de Participación Público-Privada. Disponível em: <[http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/154](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/154)>. Acesso em: 26 set. 2017. GUASCH, J. Luis. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right. Washington D.C: The World Bank, 2004. COLLINS, Hugh. The Contract of Employment in 3D. In: CAMPBELL, David; MULCAHY, Linda; WHEELER, Sally (Org.). Changing concepts of contract: essay in honour of Ian Macneil. London: Palgrave Macmillan, 2016.

<sup>214</sup> Nem toda a incompletude é deliberada. Pode, também, o contrato apresentar uma incompletude súbita, que decorre da existência de uma lacuna ou inacabamento que não foi voluntariamente estipulado pelas partes, fruto de uma vagueza ou ambiguidade naquilo que foi clausulado ou, mesmo, na efetiva ausência de vontade das partes na determinação de um elemento contratual. Uinie Caminha e Juliana Cardoso Lima, amparadas nas lições do doutrinador italiano Antonio Fici, explicam que a incompletude súbita pode assumir duas formas: uma aparente e outra real. Esta diz respeito às lacunas presentes no regramento contratual que são oriundas da “ambiguidade ou vagueza da linguagem utilizada pelas partes e, portanto, de um defeito na declaração e/ou comunicação, ou, ainda, de uma verdadeira ausência de vontade, e assim de um defeito de vontade e/ou representação”, que o ordenamento supre com integração. Em relação à aparente, é espécie de incompletude que o ordenamento supre com interpretação. CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. Revista Direito GV, Local, v. 10, n. 01, p.166, jan./jun. 2014.

<sup>215</sup> Cf. NÓBREGA, Marcos. Direito da Infraestrutura. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 116.



detalhamento e a tentativa de maximizar a sua completude, maiores serão os custos de transação<sup>216</sup>, o que torna inviável a sua própria estruturação<sup>217</sup>.

Em outros termos, a circunstância da regulação contratual ocupar um papel de centralidade nos projetos concessionais e, por conseguinte, demandar o maior detalhamento, planejamento e completude possível, não induz à conclusão irrealística e ficcional de que o contrato tudo possa regular e tudo possa prever. Cogitar que o contrato de concessão assuma feições de completude absoluta é desconectar-se da realidade. Assim, qualquer tentativa de previsão antecipada de todas as possíveis e futuras contingências não passaria de improdutiva adivinhação.

Logo, mesmo que a regulação por contrato tenha sido extremamente eficiente na gestão positiva dos riscos, ainda remanescerão lacunas e incompletudes (deliberadas ou não) que não poderão ser apreendidas *ex ante*. Mas essa circunstância ou, mesmo, impossibilidade fática de um projeto concessional completo não pode servir de justificativa ou ilegítima motivação para um certo desprezo à etapa do planejamento e da estruturação dos projetos, que antecedem à celebração dos contratos de concessão.

Afinal, é a partir de uma adequada preparação e modelagem prévia que se alcança o resultado ótimo de um contrato de concessão, congregando um núcleo de decisões políticas, econômicas, jurídicas e sociais que lhe conferem figurino e identidade própria, a compor uma significativa completude dos seus elementos essenciais, particularmente, no que se refere às finalidades e aos resultados desejados.

Portanto, quando se alude a uma incompletude ou a um inacabamento contratual nos contratos de concessão não significa que tais pactos sejam constituídos substancial

---

<sup>216</sup> Guasch sumariza o ponto esclarecendo que três são as razões para que o detalhamento integral e absoluto dos contratos implique em uma elevação dos custos de transação. Confira-se: “*Transaction costs are most often argued to be the main reason for contract incompleteness. Three basic issues are involved here. First, contracting parties cannot define ex ante the contingencies that may occur after the signing of a contract. Thus the contracting parties may face unforeseen contingencies. Second, even if one could foresee all contingencies, they might be so numerous that describing them in a contract would be too costly, and the cost of writing contracts may lead to incompleteness. Finally, courts must perfectly understand the terms of a contract and be able to verify all actions under all contingencies to enforce it. If they do not satisfy some of these criteria, enforcing a contract will generate a cost.*”. GUASCH, J. Luis. Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right. Washington: The World Bank, 2004. p. 73.

<sup>217</sup> Marcos Nóbrega adverte: “Dois tipos básicos de custos de transação devem ser considerados: *ex ante* e *ex post*. O principal custo *ex ante* é o do desenho do contrato; o custo de estabelecer todas as contingências e peculiaridades que possam afetar o contrato durante a sua execução. Por óbvio, quanto mais complexo for o objeto, mais caro será estipular as cláusulas contratuais. Assim, haverá sempre um *trade off* completude versus custos. Dependendo das circunstâncias, valerá a pena deixar um certo grau de incompletude apostando na possibilidade de repactuação mais à frente. Isso parece uma equação simples, mas não é. A correta mensuração desses custos vis a vis o grau de completude do contrato repercutirá em toda execução contratual e também determinará os custos da repactuação e do inadimplemento.”. (NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos e Infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, abr./jun. 2009).

ou essencialmente de lacunas e vazios normativos, como se o contrato fosse um conjunto de cláusulas abertas e reveladoras de meras intenções que seriam, supostamente, integradas *ex post*. Ou, o que é pior, que tal incompletude sirva de fundamento teórico para uma injustificada estruturação de contratos de concessão que deixem, propositadamente, ou, mesmo por desídia ou ineficiência, lacunas ou hiatos de regulação contratual que deveriam e poderiam *ex ante* ser disciplinados<sup>218</sup>.

Realmente, os contratos de concessão serão mais eficientes na exata medida em que a alocação *ex ante* dos riscos confira segurança jurídica ao cocontratante que está disposto a investir em uma parceria de longa duração. Um dos pilares da colaboração público-privada vertida nos contratos de concessão é a sua estabilidade e segurança, não admitindo a racionalidade econômica que orienta a decisão do investidor que sejam aportados recursos em contratos vagos, subjetivos e que não explicitem objetivamente as obrigações das partes e os riscos aos quais estão submetidas.

Mas é preciso reconhecer - e esse é o ponto - que a alocação de riscos *ex ante* não é capaz de esgotar todas as possibilidades ou mesmo blindar esses contratos dos acontecimentos externos e das imperfeições e incertezas que circundam a sua duradoura execução ou supor, irrealisticamente, que a sua modelagem e estruturação revelem aptidão exaustiva e exauriente. Assim, é sob esse aspecto que o reconhecimento pragmático de que existem inevitáveis incompletudes e lacunas nos contratos de concessão (deliberadas ou súbitas) é útil para a compreensão holística desses ajustes.

O que se está afirmando - e isso será reiteradamente destacado ao longo deste estudo - é que mesmo uma alocação eficiente *ex ante* dos riscos previamente definida no contrato não é exauriente. É preciso que a regulação contratual se ocupe da governação e gestão do contrato para que se maximize, também, a segurança jurídica *ex post*.

Quando se alude à segurança jurídica *ex post* não se está cogitando de exercícios de adivinhação ou futurologia, que possam antecipar fatos ou acontecimentos que impactarão o contrato, mas, sim, do desenho nos contratos de concessão de estruturas que possam estabelecer como as partes solucionarão as contingências do porvir e,

---

<sup>218</sup> O zelo na confecção, na redação e na produção de bons contratos é, evidentemente, um meio de reduzir os próprios custos de transação. A sua acessibilidade e compreensibilidade são de fundamental importância, sendo essa uma atribuição dos operadores jurídicos, a quem cabe apreender os aspectos conceituais das demais áreas (técnica, econômica e financeira) de forma a explicitá-los do modo mais simples, direto e objetivo possível. Contratos elaborados de forma obscura, ambígua e, sobretudo, repletos de tecnicidades incompreensíveis em nada colaboram com a segurança jurídica desejada em ambiente negociais públicos. Clareza, objetividade e organização lógica e sistêmica na sua concepção são requisitos indispensáveis para conferir estabilidade contratual.

principalmente, quais os mecanismos internos e externos que serão utilizados para solucionar as controvérsias. Aqui, o “como” vai mudar é mais importante do que “o que” vai mudar.

Por isso, parece ser mais correto afirmar que os contratos de concessão contêm elementos de incompletude. Não são os contratos de concessão integralmente incompletos. Se o fossem, não cumpririam as suas finalidades públicas. Afinal, tudo aquilo que for objeto de alocação de risco *ex ante* tem por objetivo primordial preencher lacunas e estabelecer uma racional e vinculativa divisão dos encargos acerca dos eventos futuros que poderão acometer as partes durante a execução do contrato.

A contribuição da *Law and Economics* que resultou na *Incomplete Contract Theory* atrai outra importante sistematização no plano da dogmática do Direito Administrativo. A rigor, se os contratos contêm elementos de incompletude e são dotados de lacunas a serem, posteriormente, integradas pelas partes ou por terceiros, é preciso reconhecer que será conferida certa dose de autonomia *ex post* aos agentes públicos para buscarem soluções consensuais em conjunto com o cocontratante, em especial, quando o contrato não estipular os critérios para o preenchimento das lacunas.

Não seria absurdo assinalar que a incompletude gera necessariamente maior autonomia. Isso porque, quando a regulação contratual opta deliberadamente por uma gestão *ex post* dos riscos, entende-se que não deveria o contrato criar rígidas vinculações às partes, com soluções preconcebidas que não levassem em consideração o contexto da ocorrência do evento.

Essa circunstância confere às partes (contraente público e cocontratante) maior liberdade para definir - observado o quadro jurídico-normativo e as próprias disposições e critérios estabelecidos no contrato - a solução mais adequada para uma integração eficiente, racional e consensual do inacabamento contratual. Assim, quanto maior o grau de incompletude, maior seria o de mutabilidade do contrato de concessão.

Desse modo, é possível aduzir que a alocação de riscos *ex ante* guarda um grau de vinculação maior do que a gestão *ex post* dos riscos (incompletudes e inacabamentos), que assume, indubitavelmente, maior grau de autonomia para as partes, especialmente quando o contrato de concessão não estipulou previamente os critérios de preenchimento da lacuna.

Tal autonomia - decorrente dos elementos de incompletude do contrato de concessão - implica na capacidade de negociar, reformular, acordar e transigir, ponderando e sopesando interesses com a máxima transparência e motivação no processo

de formação da vontade do agente público. A capacidade de integração de soluções inovadoras que completem as lacunas contratuais encerra, em certa medida, um tipo de mutabilidade consensualizada.

De todo modo, ainda que assim seja, se comparada com a liberdade de integração nos contratos incompletos celebrados em uma ambiência privada, a autonomia nos contratos de concessão é bem mais restrita<sup>219</sup>. Com efeito, estando nos domínios do direito público, o grau de flexibilidade e mutabilidade nesses contratos encontra limites que operam maiores dificuldades na materialização das alterações, modificações e renegociações.

Como será examinado no Capítulo 5, essas restrições - que vão desde a própria proteção do princípio da livre concorrência até a impossibilidade de alteração radical do objeto - criam parâmetros que conformam a discricionariedade dos agentes públicos e impõem limites jurídicos ao preenchimento das lacunas contratuais.

É razoável supor que, na medida em que o contrato de concessão vai sendo executado, os inacabamentos e lacunas são gradualmente preenchidos, podendo-se inferir que os elementos de incompletude estarão mais presentes no início da relação contratual, o que significa que, ao longo da execução do contrato, a sua completude tende a materializar-se e densificar-se<sup>220</sup>.

Em outros termos, mais incompleto será o contrato de concessão no início da sua execução. Presumidamente, as lacunas deverão ser preenchidas pelas próprias partes ou por terceiros (juiz, regulador ou árbitro), na execução do contrato, seja recorrendo a critérios previamente estabelecidos no próprio contrato, seja por meio de um exercício ponderado de maior autonomia para buscar, consensualmente, soluções para contingências que não foram alocadas *ex ante*.

---

<sup>219</sup> Por todos, veja-se a lição de Diogo Freitas do Amaral e Lino Torgal: “Comparativamente, pois, a autonomia pública é, no caso dos contratos administrativos, mais limitada do que a autonomia que se verifica nos contratos privados: as escolhas que, naquele âmbito, a Administração efectuar devem conformar-se com o fim de interesse público legalmente estabelecido, ou, caso esse fim não esteja legalmente fixado, o que sucede sobretudo nos contratos típicos, definido, no âmbito das respectivas atribuições, pela própria entidade contraente. Além disso, como efeito do acolhimento, em termos de juridicidade, de vários outros princípios (v.g., imparcialidade, justiça, proporcionalidade, igualdade) a autonomia pública não prevalece, antes se acha subordinada a todos eles.” (AMARAL, Diogo Freitas; TORGAL, Lino. Estudos sobre Concessões e Outros Actos da Administração (Pareceres). Coimbra: Almedina, 2002. p. 307).

<sup>220</sup> Yan Wei adverte: “It is predictable that as time goes on, concession model contracts will become more complete, reflecting the changed requirements and adjustments.”. (WEI, Yan. Regulating Municipal Water Supply Concessions: Accountability in Transitional China. Londres: Springer. 2014. p. 104).

Mutabilidade e incompletude são perspectivas que se conectam<sup>221</sup> e procuram respostas a partir do desafio universal de conciliar a desejável estabilidade dos contratos e a inexorabilidade das mudanças, em especial, naqueles contratos complexos e que se protraem no tempo.

Existe uma correlação direta entre a natural e ínsita incompletude dos contratos de concessão e a mutabilidade. Não são assuntos ou temas estanques, mas que se encontram naturalmente amalgamados mesmo que a partir de perspectivas distintas, porquanto a mutabilidade, tradicionalmente, foi objeto de exame no campo do Direito Administrativo, ao passo que a percepção da incompletude dos contratos decorreu de investigações que se originaram na *Law and Economics*<sup>222</sup>.

Essa correlação entre a incompletude e a mutabilidade, que ora se propõe, não significa sugerir que a maior incompletude do contrato de concessão implicará, forçosamente, em uma mutabilidade sem qualquer conformação ou parâmetro. Como se terá a oportunidade de examinar no Capítulo 5, a mutabilidade dos contratos de concessão encontra limites materiais nos princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto. Na precisa lição de Egon Bockmann Moreira (2010), mutabilidade contratual não se confunde com degeneração contratual<sup>223</sup>.

A mutabilidade será mais ou menos intensa a depender do grau de completude ou incompletude do contrato de concessão. Quanto maior for o espaço para as integrações das lacunas e inacabamentos que não puderam ser cumpridos na regulação *ex ante* do contrato de concessão, maior será a possibilidade de futuras adequações e integrações *ex post*. Contratos que sejam regulados de forma mais exaustiva, incorporando e disciplinando as variáveis endógenas e exógenas ao contrato de concessão, tendem a apresentar-se com maior grau de completude, integrando a mutabilidade como elemento intrínseco à sua estruturação.

A incompletude dos contratos de concessão não se descasa, em hipótese alguma, da prossecução do interesse público. O preenchimento das lacunas e inacabamentos a

---

<sup>221</sup> Confira-se a observação de Nuno Cunha Rodrigues: “Com efeito, a detenção, pela administração pública, do poder de modificação unilateral não é um resultado de uma lógica de prossecução do interesse público ou de uma relação desigual, mas também a expressão de uma radical incompletude do contrato constituindo assim uma resposta eficaz a incerteza característica de um conjunto de transações”. (RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Econômica*. Coimbra: Almedina, 2013, p.74).

<sup>222</sup> Como visto no Capítulo 2, são relativamente recentes as sistematizações que enquadram os contratos administrativos, em especial aqueles duradouros, como contratos incompletos.

<sup>223</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

partir, por exemplo, de decisões conjuntas e consensuais das partes estará, obrigatoriamente, funcionalizado ao atendimento do interesse público.

Não obstante a mutabilidade possa assumir aqui colorações mais consensuais e menos unilaterais, fato é que as partes deverão, em integração cooperativa, lidar com as vicissitudes inerentes à realidade. Também não se pode perder de vista que, no campo dos contratos públicos, a mutabilidade deverá sempre estar conectada à finalidade de concretizar o interesse público. Se assim não for, a mutabilidade perde o seu fundamento axiológico de validade e legitimidade.

Deve-se, porém, evitar, a todo custo, a mutabilidade fabricada, ou seja, aquela decorrente de uma deficiente regulação do contrato e que enseja, por consequência, desnecessárias alterações do contrato em razão de equívocos na modelagem do negócio, na estruturação do projeto, no desenho de incentivos e na alocação de riscos<sup>224</sup>.

Não é dessa patologia ou incompletude oriunda de ineficiências (deliberadas ou não) que se está tratando. Nessa toada, é possível crer que existe espaço para um verdadeiro salto qualitativo na regulação da mutabilidade, cuja relevância do tema resulta na legítima expectativa de que desempenhe cada vez mais um papel de centralidade na estruturação e regulação dos contratos de concessão.

#### 2.2.6.2 A teoria dos contratos relacionais

A Teoria dos Contratos Relacionais surge como ruptura do paradigma clássico da Teoria Geral dos Contratos e uma alternativa à Análise Econômica do Direito, que se orienta pelo critério da maximização da eficiência da riqueza dos contratantes<sup>225</sup>.

Fernando Araújo (2007)<sup>226</sup> contextualiza a inserção da Teoria dos Contratos Relacionais no plano da análise econômica dos contratos, que encerra três linhas de investigações distintas.

---

<sup>224</sup> Omer Dekel explica que os procedimentos de alteração dos contratos administrativos em geral, alcançando também as concessões, são oportunidades que o cocontratante considera como espaços para incrementar os seus lucros. DEKEL, Omer. Modification of a government contract awarded following a competitive procedure. Public Contract Law Journal, Washington, n. 38, p. 208 - 409, abr. 2009. Para Jose Luis Guash, não raro, os cocontratantes podem colocar-se em posição vantajosa quando do momento de renegociarem alterações com os contraentes públicos. GUASH, J. Luis. Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right. Washington D.C.: The World Bank, 2004. p. 72. A rigor, quando a mutabilidade é fabricada, é razoável supor que aumentam as chances de renegociações e alterações desfavoráveis ao contraente público.

<sup>225</sup> Conforme leciona KLEIN, Vinícius. Os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 105 - 106.

<sup>226</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 394.

Segundo o referido autor, a primeira linha de investigação é a da Teoria Econômica dos Contratos, que não exclui a possibilidade de as partes estipularem completamente o contrato, nem a possibilidade de uma instância externa assumir a tutela perfeita do cumprimento das obrigações resultantes. A segunda linha de investigação seria a abordagem da *Law and Economics*, que, como já examinado, reconhece que os contratos são incompletos e admite que caiba à instância externa, o juiz, completar e definir os termos contratuais (sejam ou não eles eficientes). A terceira linha de investigação é, exatamente, a abordagem relacional, que enfatiza a complexidade do jogo de interesses e associa-lhe, como consequência normal, a ineficácia da intervenção externa, apresentando como alternativa à solução contratual, uma estrutura de governo que permita encontrar soluções adequadas a problemas radicalmente novos.

Deve-se ao autor escocês Ian Macneil (2000)<sup>227</sup> a construção dos pilares teóricos da teoria, concebida no contexto do Direito anglo-saxão, não obstante diversas outras abordagens e distintas linhas de investigação tenham sido produzidas sobre a perspectiva relacional dos contratos<sup>228</sup>.

A concepção de contratos relacionais está amparada, principalmente, na sua diferenciação dos contratos descontínuos (*discret contracts*), assim considerados como aqueles que envolvam acordo de vontades para trocas impessoais entre parceiros fungíveis. A relação nos *discret contracts* é pontual, instantânea, impessoal e presentificadora.

---

<sup>227</sup> O referido autor sintetizou as quatro proposições que devem nortear o enquadramento relacional no contexto da teoria contratual: "A *relational contract theory* may be defined as any theory based on four core propositions. First, every transaction is embedded in complex relations. Second, understanding any transaction requires understanding all essential elements of its enveloping relations. Third, effective analysis of any transaction requires recognition and consideration of all essential elements of its enveloping relations that might affect the transaction significantly. Fourth, combined contextual analysis of relations and transactions is more efficient and produces a more complete and sure final analytical product than does commencing with non-contextual analysis of transactions.". (MACNEIL, Ian R. *Relational Contract Theory: challenges and queries*. Northwestern University Scholl of Law Review, Chicago, v. 94, n. 3, p. 881, jun. 2000). Entre tantas outras obras do autor sobre o tema, ver também MACNEIL, Ian R. The new social contract: an inquiry into modern contractual relations. New Haven: Yale University, 1980.

<sup>228</sup> Sobre o tema, ver WHITFORD, William C. *Contract Law and the Control of Standardised Terms in Consumer Contracts: An American Report*. European Review of Private Law, Europa, n. 3, p. 193-210, 1995. WHITFORD, William C; MACAULAY, Stewart. The development of contracts: law in action. Disponível em: <[https://www.templelawreview.org/lawreview/assets/uploads/2016/01/Macaulay\\_Whitford-87-Temp.-L.-Rev.-793.pdf](https://www.templelawreview.org/lawreview/assets/uploads/2016/01/Macaulay_Whitford-87-Temp.-L.-Rev.-793.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2017. LEFF, Arthur A. *Contract as thing*. Yale Faculty Schoty Scholarship Series. Paper 2827. New Haven, Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2827](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2827). Acesso em: 18 jan. 2018. KENNEDY, Duncan. *Form and substance in private law adjudication*. Harvard Law Review, 1976; GOETZ, Charles J; SCOTT, Robert E. *Principles of relational contracts*. Virginia Law Review, Charlottesville, v. 67, n. 6, p. 1089 - 1150, set. 1981. KRONMAN, Anthony Townsend. *Paternalism and the Law of Contracts*. Yale Faculty Scholarship Series. New Haven, 1983, Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1065](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1065). Acesso em 18 jan. 2018.

Ronaldo Porto Macedo (2007)<sup>229</sup>, explicando os fundamentos do modelo clássico dos contratos, aponta que o contrato descontínuo compõe uma entidade separada e que cada contrato é considerado como um ato isolado, independente e autônomo. Além disso, apresenta-se dotado de impessoalidade, não sendo relevante a qualidade das partes contratantes, pois o elemento definidor é a troca viabilizada pelo acordo de vontades.

Expõe o referido autor que as condições e estipulações contratuais são definidas no momento que o acordo de vontades se constitui, com maior rigidez e predomínio da premissa de que o contrato deve ser mantido (*pact sunt servanda*). O móvel das partes é a maximização dos seus interesses e a obtenção da maior vantagem econômica possível, sendo o padrão de comportamento pautado por um exacerbado individualismo.

A abordagem relacional é estruturada a partir de uma visão inteiramente distinta da que orientou o paradigma clássico da Teoria dos Contratos, sendo correto afirmar que os seus pilares se alinham com maior intensidade aos ajustes de longa duração<sup>230</sup>, em oposição aos contratos descontínuos, que se perfazem por meio de trocas instantâneas<sup>231</sup>.

Fernando Araújo (2007) explica que, não obstante o domínio por excelência dos contratos relacionais sejam os contratos de longa duração, este não é um critério definitivo. O autor exemplifica dizendo que há relações longas que nada têm de relacional (arrendamento de longa duração, no qual senhorio e inquilino não costumam se relacionar, cumprindo, ao longo dos anos, os seus deveres inicialmente definidos); e há outras relações de curto prazo que são relacionais, como é o caso do contrato celebrado para a redecoração de uma sala ou para a confecção de um vestido de noiva, podendo ser cumprido no espaço de poucos dias, mas com conteúdo altamente relacional enquanto dura.

Contratos duradouros estão, evidentemente, mais expostos aos efeitos do tempo, a justificar que a flexibilidade e a previsão de mecanismos adaptativos se insiram como elementos intrínsecos ao arquétipo relacional.

Assim como ocorre com a *Incomplete Contract Theory*, a Teoria dos Contratos Relacionais adota como premissa o reconhecimento pragmático de que nem tudo é

---

<sup>229</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 89 - 90.

<sup>230</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 419. No mesmo sentido, ver EISENBERG, Melvin A. Why There Is No Law of Relational Contracts. Evanston: University of Berkeley, 1994. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2725&context=facpubs>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

<sup>231</sup> Sobre as diferenças entre contratos relacionais e pontuais, ver GOLDBERG, Victor P. Readings in the Economics of Contract Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.



previsível e estável, admitindo, assim, a impossibilidade de prognosticar todos os riscos e eventos futuros<sup>232</sup>. As contingências atinentes ao padrão contratual inicialmente concebido pelas partes são esperadas e consideradas normais em uma relação que se prolonga no tempo. Afasta-se, com isso, a teoria relacional de uma presunção simplificadora de que os contratos devem ter uma planificação rigorosa de todos os seus aspectos.

Stewart Macaulay (1999) utiliza interessante figura de linguagem quando aduz que os contratos relacionais devem ser vistos mais como filmes do que como fotografias<sup>233</sup>, haja vista que o início da sua execução poderá ser profundamente modificado a partir da própria dinâmica contratual.

O contrato relacional não tem a pretensão de “presentificar” o futuro por meio de rígidas estipulações contratuais<sup>234</sup>, até porque admitir as mutações como algo esperado e previsível é um imperativo inerente aos contratos com duração prolongada. É por isso mesmo que o contrato deve ser mais flexível e apto a apreender a nova realidade e seus distintos impactos, com a previsão de mecanismos endógenos ao contrato que efetivamente incorporem essa capacidade adaptativa.

Ademais, a teoria relacional não considera o contrato apenas no seu contexto jurídico, mas permanentemente comunicável com o ambiente externo. Em outros termos, o contrato, enquanto categoria jurídica, não apresenta uma autonomia absoluta ou um frio distanciamento das questões sociais, econômicas, financeiras, morais e políticas<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> Conforme sustenta Antônio Menezes Cordeiro, os contratos relacionais decorrem da incapacidade das partes em anteciparem todas as circunstâncias que podem se mostrar relevantes. CORDEIRO, Antônio Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 603

<sup>233</sup> MACAULAY, Stewart. Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein. Northwestern University Law Review, Chicago, v. 94, p. 775 - 804, mar. 1999-2000. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journal&handle=hein.journals/illr94&id=786>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

<sup>234</sup> Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo: “A presentificação, neste sentido, é o processo pelo qual se visa antecipar todo o futuro para o presente através do planejamento e estabelecer a vinculação total do futuro àquilo que é planejado no presente. No limite ideal, tornar presente o futuro é tornar o futuro cem por cento predeterminado no presente. [...] Neste sentido, nos contratos relacionais as partes reconhecem os limites para se presentificar o futuro e deixam de pretender tão intensamente fazer isso, tal como se configurava o ideal do pensamento contratual clássico.” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 168).

<sup>235</sup> Ver HVIID, Morten. Long-term Contracts and Relational Contracts. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

Nesse sentido, contextualizando a dinâmica relacional, Licínio Lopes Martins (2015)<sup>236</sup>, amparado nas lições de Thierry Kirat (2015)<sup>237</sup> e Denis Mazeaud (2015)<sup>238</sup>, expressa a ideia de que a execução dos contratos - sejam de direito privado ou de direito administrativo - não é uma história conhecida de antemão. Acentua o autor português que as obrigações das partes, por sua vez, não são analisadas sob o prisma de um algoritmo de computador, não se constituindo, por conseguinte, em uma entidade isolada do mundo exterior e infensa à sua evolução, às suas mutações e aos seus distúrbios.

Na dimensão relacional, o contrato é compreendido como um processo, sendo ilustrativa e representativa do mesmo fenômeno a expressão “contrato evolutivo”. Judith Martins Costa (2010)<sup>239</sup> explica que a expressão “contrato evolutivo” não diz respeito a nenhum tipo contratual, mas é evocativa de um fenômeno atinente à arquitetura do contrato e à sua relação com o tempo, abrangendo contratos que contenham obrigações diferidas ou duradouras. Adverte a autora que a valência da expressão se destina a sublinhar que tais contratos comportam problemas específicos, estranhos aos contratos instantâneos.

Sendo os contratos de longa duração essencialmente dinâmicos, mutáveis, complexos, com relações frequentemente interdependentes e multilaterais, eles devem ter estruturas de governação aptas a solucionar a infinidade de contingências que pode interferir na sua execução, recorrendo, notadamente, a uma disciplina endógena ao contrato que propicie às partes incentivos, mecanismos e recompensas para que atuem de forma conjunta, coordenada e consensual na busca das soluções para os problemas que surjam *ex post*.

A relação contratual duradoura impõe uma dinâmica de interdependência nos direitos e deveres das partes, justificando que o desenho contratual estimule comportamentos e condutas amparados na boa-fé e na cooperação.

Em outros termos, para a concepção relacional dos contratos, vislumbram-se benefícios recíprocos às partes quando essas adotam uma postura baseada na cooperação,

---

<sup>236</sup> MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de Obras Públicas - O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 547-548

<sup>237</sup> KIRAT (2003 apud MARTINS, Licínio Lopes 2015, p. 547) - MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de Obras Públicas - O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 547

<sup>238</sup> MAZEAUD (1998 apud MARTINS, Licínio Lopes, 2015, p. 548) - MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de Obras Públicas - O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015, p. 548

<sup>239</sup> COSTA, Judith Martins. A cláusula hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. Revista dos Tribunais, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, p. 15, abr./jun. 2010.

confiança e boa-fé como elementos centrais na construção coordenada das soluções pós-contratuais da relação duradoura<sup>240</sup>. Os interesses das partes contratantes não assumem necessariamente feições contrapostas. O interesse comum na consecução do objeto do contrato deve leva-los a agir pautados por padrões cooperativos e solidários.

Para compendiar as principais características dos contratos relacionais<sup>241</sup> a partir dos fundamentos teóricos e dogmáticos colacionados, pode-se aduzir que: a) reconhecem a incompletude e o inacabamento como uma realidade inerente aos contratos, não sendo possível “presentificar” o futuro por meio de rígidas estipulações contratuais; b) a sua estruturação teórica foi concebida para os contratos de longa duração, ainda que contratos de curto prazo também possam assumir feições relacionais; c) a flexibilidade e a capacidade adaptativa são próprias das estruturas endógenas desses contratos, sendo a mudança reconhecida como algo previsível e inevitável; d) a interdependência dos direitos e deveres das partes, a complexidade das relações e o longo prazo do contrato modificam o comportamento dos contratantes, que se beneficiam reciprocamente de condutas pautadas na boa-fé, na cooperação, na confiança e na solidariedade; e) os

---

<sup>240</sup> Fernando Araújo anota esse aspecto como relevante para a compreensão da dimensão relacional dos contratos: “.6) a solidariedade contratual (*contractual solidarity*), significando que para a perspectiva relacional não apenas sobreleva a cooperação das partes e não a complementaridade dos seus interesses, potencialmente antagônica, mas que também para ela o Direito dos Contratos é sobretudo um pano de fundo que suporta o inacabamento contratual, já que as partes confiam tanto nessa espontânea solidariedade social como nos efeitos disciplinadores da alternativa ao recurso da lei.” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 410). HUGH COLLINS menciona o comportamento cooperativo inerente aos contratos relacionais: “*In contrast, in relational contracts, such as a long-term requirements contract or a major construction Project, then contractual behavior will be oriented towards the long-term business objectives of the parties, and it will recognize the need for co-operation and adjustment in order to achieve those objectives. This comparison between discrete and relational contracts does throw some light on differences in contractual behavior*”. (COLLINS, Hugh. Regulating Contracts. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 141).

<sup>241</sup> Vale referir as principais características dos contratos relacionais mencionadas por Floriano de Azevedo Marques Neto: “Essa teoria traça uma distinção entre essa espécie de contratos e os contratos ditos ‘tradicionais’ (denominados ‘descontínuos’) com base em alguns aspectos fundamentais: (i) os contratos relacionais são de longo prazo, contínuos; (ii) as obrigações neles previstas não se exaurem com uma prestação única e definida, mas se cumprem pelo fluxo contínuo (e cambiante) de obrigações recíprocas; o que acarreta (iii) um traço de permanente cambialidade e mutação, exigindo que o contrato relacional tenha uma característica processual e normativa (não estática, e sim dinâmica); (iv) mais do que uma prestação (bem, serviço, obra), esses contratos são travados em torno de um processo, de uma relação complexa e contínua entre as partes, que (v) muitas vezes transcendem os contratantes, alcançando relações jurídicas com terceiros; (vi) esses contratos (relacionais) envolvem necessariamente um vínculo de solidariedade e confiança, em vez da relação de antagonismo própria aos contratos bilaterais comutativos e sinalmáticos; donde segue que, (vii) em vez de uma transferência bilateral de riscos associada ao objeto (típica dos contratos ditos ‘desconstituídos’), nos contratos relacionais há um compartilhamento de bônus e riscos, não sendo incomum que (viii) ao ganho de uma das partes não corresponda necessariamente uma perda da outra, mas bem possa ocorrer um ganho auferível por ambas pelo atingimento do objetivo comum justificador do ajuste; (ix) a preservação contínua do vínculo relacional ao longo do tempo, e inobstante as alterações do cenário econômico e jurídico, é buscada mediante métodos de resolução de conflitos preferencialmente consensuais; e finalmente (x) a relação contratual é compreendida com base no modo de interação entre as partes contratantes, marcadamente dinâmica e orientada pela confiança que depositam no contrato.”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 150 - 151).

contratos estão inseridos em contextos sociais, econômicos, morais e políticos, não se constituindo em entidades autônomas não permeáveis pelos fatos externos, a exigir dos intérpretes e operadores do Direito a incorporação de elementos extrajurídicos; f) enfatizam as soluções internas e endógenas ao próprio contrato para dirimir os conflitos *ex post*, compreendendo como ineficientes intervenções judiciais nos contratos, uma vez que as partes detêm maior capacidade, conhecimento e informação do que os juízes ou quaisquer outros decisores externos<sup>242</sup>.

#### 2.2.6.2.1 A natureza relacional dos contratos de concessão e a mutabilidade

Com a prudência que as transposições devem observar, vários pressupostos da teoria relacional têm aplicabilidade para os contratos de concessão, ainda que, como no caso da Teoria dos Contratos Incompletos, a sua estruturação teórica não tenha sido organizada racionalmente para esse fim.

Sem embargo das complexidades e dificuldades inerentes à concretização de padrões efetivamente cooperativos nesses arranjos públicos duradouros<sup>243</sup>, acredita-se que os contratos de concessão configuram um campo fértil para a aplicação das premissas relacionais.

---

<sup>242</sup> A abordagem relacional e a compreensão da *Incomplete Contract Theory* construída no seio da *Law and Economics* apresentam traços de complementariedade, mas, como anota Fernando Araújo, a abordagem relacional “associa como consequência normal a ineficácia da intervenção externa, apresentando como alternativa a solução contratual como quadro procedimental, uma estrutura de governo que permita encontrar soluções adequadas a problemas radicalmente novos”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 394). Com efeito, a compreensão contratual contemporânea relacional opera com mecanismos que facilitem revisões e colaborações internamente, sem pressupor maior eficiência nas instâncias externas. A propósito, ver ARRUÑADA, Benito. *The Quasi-Judicial Role of Large Retailers: an Efficiency Hypothesis of Their Relation with Suppliers*. Barcelona: Pompeu Fabra University, 2000. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=224583](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=224583)>. Acesso em: 25 mai. 2016. Enfim, contratos relacionais afastam a intervenção judicial irrestrita como solução para conflitos endógenos, privilegiando formas alternativas de conciliação. Ver, sobre o tema, SCHWARTZ, Alan. *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 31, n. 2, p.jun. 1992.

<sup>243</sup> Hugh Collins expressa essa complexidade: “*The underlying problems here may be described as a special variant on the competing norms of rational contractual behavior. Instead of the preservation of the requisite trust in the long-term business relation, the primary normative orientation of government remains its political responsibility to ensure the provision of satisfactory services to the public. The dominance of this normative orientation systematically undermines the attempt to restrict the normative orientation to the deal (value for money) and the contract (the precise undertakings of the contractual documents). In other words, the contractual frame of reference thinks about the provision of a public service in ways which create fixed entitlements and obligations, whereas in the last resort the government must always give priority to the normative framework for the sake of efficiency and transparency, but in so doing the practice creates considerable tensions which become revealed in the structural impediments to the achievement of co-operation and quality through contracts.*”. (COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 319). No Brasil, a mesma crítica é encampada por SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 57.

Diversas características apontadas e extraídas da Teoria dos Contratos Relacionais são inteiramente aplicáveis aos contratos de concessão. Aproveita sobremaneira aos contratos de concessão o enfoque da interdependência a que se dedica a Teoria dos Contratos Relacionais. Contratos duradouros ensejam naturalmente vínculos que criam laços de reciprocidade e maior grau de confiança.

Além dos interesses próprios de cada um dos contratantes, paira um interesse comum, que deriva da finalidade coincidente das partes na execução do objeto do contrato de concessão. Em outras palavras, identifica-se um interesse solidário em se levar a cabo a execução do objeto contratual, até como forma de assegurar a viabilização dos seus interesses próprios. Alude-se que os contratos de concessão sejam essencialmente associativos em razão do interesse comum que os une <sup>244</sup>.

É esse interesse convergente entre as partes<sup>245</sup> que as compele a agir cooperativamente e não antagonicamente, para superar obstáculos. No caso de relações contratuais duradouras, é a percepção dos elementos da parceria e colaboração, dos comportamentos lastreados na confiança e no reconhecimento de que relações contínuas são necessariamente dinâmicas que determinará o êxito da própria consecução do objeto.

Interdependência e cooperação - características intrínsecas dos contratos relacionais - apresentam-se com enorme nitidez nos contratos de concessão, pois, como exposto anteriormente, a construção dialógica, participativa e colaborativa no momento da estruturação do projeto concessional, bem como a sua dimensão multilateral, alcançando a esfera jurídica de terceiros que se encontram, direta ou indiretamente, conectados por meio de uma sofisticada rede coligada de contratos, criam laços e estímulos para condutas e ações convergentes e não adversariais.

---

<sup>244</sup> É como esclarece Marçal Justen Filho: “Outorgam-se concessões tendo por objeto setores extremamente complexos, em que há perspectivas de modificações e evoluções constantes e insuscetíveis de antecipação. É muito frequente a impossibilidade de definir, de modo exaustivo, a extensão dos deveres do concessionário e a forma de execução de tarefas abrangidas na concessão. Somente é possível enfrentar essas dificuldades por meio da concepção associativa da concessão. Estado e particular têm interesse comum na mais adequada prestação do serviço. Na impossibilidade de antecipação prévia e completa de todos os encargos e do modo de sua execução, esses pontos deverão ser objeto de negociação e ajuste no curso da própria concessão.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 76).

<sup>245</sup> Na lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: “*La Administración y el concesionario resultan ser, a virtud de este régimen, colaboradores estrechos en una común tarea de satisfacer las necesidades públicas y partícipes, en común, de sus resultados cuando éstos rebasen el álea ordinário previsto em el contrato*”. (ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2008. p. 759, v. I).

Identifica-se claramente o elemento relacional no estreitamento dos vínculos de confiança, cooperação<sup>246</sup> e solidariedade que devem nortear os comportamentos das múltiplas partes nos contratos de concessão<sup>247</sup>.

Como já alinhavado antes, os contratos de concessão são necessariamente duradouros e estruturados com prazos alongados para viabilizar o retorno dos investimentos aportados pelo cocontratante. Decorre do fator tempo a maior probabilidade da ocorrência de alterações, que modifiquem as circunstâncias iniciais quando da formação da vontade do vínculo contratual. Afinal, os contextos sociais, econômico, tecnológico, político e financeiro estão em permanente mutação, a justificar que o contrato de concessão apreenda, nos limites legais e contratuais, esses impactos como elemento esperado, previsível e inevitável.

Mesmo com a evolução que decorreu da alocação dos riscos *ex ante* nos contratos de concessão, existem determinados inacabamentos e incompletudes que melhor serão integrados com soluções *ex post*, que poderão assumir contornos de maior efetividade e eficiência do que estipulações rigidamente fixadas no momento inicial do contrato. Por isso, aproveita aos contratos de concessão a ideia-chave de flexibilidade e capacidade adaptativa ínsita à abordagem relacional. Como já suprasustentado, a regulação do contrato de concessão deve prever mecanismos endocontratuais para lidar com a dinamicidade das contingências do porvir.

---

<sup>246</sup> Robert E. Scott propõe que, nos contratos de longa duração, as partes se obriguem, em momento inicial da avença, a um “pré-compromisso de cooperação”, na busca do ideal equilíbrio de cooperação: “*Under conditions of mutual predictability, therefore, either party can induce a cooperative equilibrium in the very first interaction by announcing its intention to cooperate conditionally before making an adjustment choice. The precommitment to cooperate is a reliable promise; each party knows it cannot, with impunity, suddenly switch strategy choices once adjustment options are presented. Thus, the responding party will maximize its respective utility by also cooperating. The precommitment strategy facilitates the commencement of a cooperative pattern. Thereafter, in an ongoing relationship with repeated interactions, both parties will “lock in” the cooperative equilibrium.*” (SCOTT, Robert. E. Conflict and cooperation in long-term contracts. California Law Review, Berkeley, v. 75, n. 6, p. 2005-2054, dez. 1987).

<sup>247</sup> Essa percepção foi explicitada em decisão da Corte Constitucional da Colômbia. Confira-se: “*Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada una de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico. Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación.*”. (COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia C-300/12. Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Bogota. D.C, 25.04.12).

A modelagem dos contratos de concessão deve se ocupar da mutabilidade e dessa capacidade adaptativa como um dos seus elementos centrais<sup>248</sup>, permitindo o necessário grau de comunicabilidade com o ambiente externo que consinta a absorção dessas mutações na estrutura regulatória-contratual. Por isso, veste bem aos contratos de concessão a utilização da expressão “contratos evolutivos”, porquanto não são estáticos, rígidos ou herméticos, mas permeáveis e essencialmente mutáveis<sup>249</sup>. Alude-se a uma capacidade de aprendizagem que decorre dessa percepção evolutiva dos contratos de concessão e da absorção recíproca de experiências que decorre da interdependência ínsita a uma relação duradoura<sup>250</sup>.

Contudo, é preciso cautela na transposição para os contratos de concessão da compreensão do que seja flexibilidade nos contratos relacionais. Como explicado, a Teoria dos Contratos Relacionais foi forjada a partir das diferenças dos contratos duradouros em relação aos contratos descontínuos, porém, fundamentalmente, foi

---

<sup>248</sup> Como bem adverte Egon Bockmann Moreira: “Desde sua constituição, o contrato de concessão viverá a constante tensão entre o dever de respeito aos termos negociais *versus* os riscos e incertezas fáticas. Concedente e/ou concessionário rígidos e fechados, incapazes de se adaptar as novas realidades, certamente gerarão a péssima prestação do serviço, com onerosidade para todos os envolvidos (sobretudo os usuários). [...] Assim, e se é bem verdade que o *pacta sunt servanda* se presta a dar estabilidade à relação contratual (sufocando os arroubos unilaterais), ela não é óbice à adaptação consensual que, dentro da legalidade, traga efetivas vantagens ao contrato, aos serviços prestados e aos usuários. [...] Por isso que o projeto estampado no contrato administrativo não pode ser compreendido como uma sucessão de fases estanques, estáticas e exaustivas, como se o tempo não fosse implacável em seus efeitos. Ao contrário, trata-se de seqüência de atos e fatos que merece compreensão dinâmica e integradora, orientada pela finalidade pública a ser atingida naquele específico projeto concessionário.”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39-40).

<sup>249</sup> Recorrendo novamente às lições de Egon Bockmann Moreira: “Os contratos de concessão são incompletos e dinâmicos – seja devido ao elevado volume de informações, seja por conta do seu longo prazo, seja em razão do elevado custo para a construção do modelo concessionário. São pactos que precisam ser compreendidos como contratos abertos, pois convivem e se nutrem de grande quantidade de informação diariamente recebida. Os deveres, obrigações e direitos dos contratos de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão a sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos.”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 409).

<sup>250</sup> Adverte Licínio Lopes Martins: “Os procedimentos administrativos – incluindo (e talvez até não raras vezes) os procedimentos de execução dos contratos – são, eles próprios, *processos de aprendizagem*, porque não só a Administração aumenta os seus saberes com as contribuições fornecidas pelo co-contratante (ou pelo universo daqueles que se associam ao contrato celebrado), como este se beneficia da mediação de partilha e de controlo das entidades públicas adjudicantes (Gomes Canotilho) e, simultaneamente, expressam e concretizam modelos procedimentais de comunicação e de participação no agir administrativo, emergindo, assim, este contexto como um processo propício a uma salutar miscigenação de interesses (Vieira de Andrade)”. (MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de Obras Públicas - O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 557 - 558). No mesmo sentido, leciona Egon Bockmann Moreira: “As concessões de serviço público têm como uma de suas características mais significativas a capacidade de aprendizagem [...] Para manter-se equilibrado, o contrato há de ser contextualizado historicamente e aprender com a experiência; para se manter firme, deve ser aberto ao novo e à flexibilização das premissas induzidas no passado”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 409).

pensada e estruturada em ambiência privada e no campo da *Common Law*. Tanto isso é verdade, que os exemplos dos autores que se aprofundaram na dimensão relacional dos contratos advêm, comumente, da órbita do direito privado (como, o contrato de distribuição, o de fornecimento, os societários, o de *franchising* e, o exemplo clássico, os matrimoniais)<sup>251</sup>.

Por serem tais contratos regidos pelo direito privado, o grau de flexibilização, renegociação e revisão das disposições contratuais é bem mais intenso do que nos contratos regidos pelo direito público, porquanto esses sofrem limitações decorrentes, principalmente, do princípio da concorrência e da intangibilidade do objeto, como se verá no Capítulo 5.

Portanto, é possível e recomendável transportar a gênese da flexibilidade e da capacidade adaptativa dos contratos relacionais para os contratos de concessão com as cautelas e restrições próprias do regime de direito público.

Ao fim e ao cabo, os contratos de concessão não de buscar o saudável equilíbrio entre a indispensável segurança jurídica no tocante ao núcleo intangível comprometido consensualmente (sem o qual nenhum particular se aventuraria a celebrar contratos com os entes públicos), com a necessária flexibilidade que permita a constante adaptação e absorção das alterações supervenientes que, com toda certeza, impactarão a relação duradoura<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> Sobre o tema, ver WHITFORD, William C; MACAULAY, Stewart. The development of contracts: law in action. Disponível em: <[https://www.templelawreview.org/lawreview/assets/uploads/2016/01/Macaulay-\\_Whitford-87-Temp.-L.-Rev.-793.pdf](https://www.templelawreview.org/lawreview/assets/uploads/2016/01/Macaulay-_Whitford-87-Temp.-L.-Rev.-793.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2017. LEFF, Arthur A. Contract as thing. Yale Faculty Schoty Scholarship Series. Paper 2827. New Haven, Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2827](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2827). Acesso em: 18 jan. 2018.

<sup>252</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto explica: “Todas essas características, nota-se, estão presentes nos contratos de concessão E a teoria dos contratos relacionais nos é útil por permitir demarcar esse caráter contratual específico, o que, conforme aqui defendo, é próprio da concessão-delegação. [...] Porém, independentemente do prazo da concessão, é fácil verificar que nesses contratos os elementos centrais não são estáticos ou facilmente previsíveis. Seu objeto não é uma prestação que se exaure num determinado instante, mediante o cumprimento de obrigação de troca isolada, mas um plexo de obrigações que se desenvolve ao longo de um tempo razoável, inclusive modificando-se para se adaptar às necessidades cambiantes surgidas nesse interregno. Por fim, subjaz às concessões-delegação um forte conteúdo de parceria institucional, por meio da qual as partes principais (público e privado) firmam um plexo de procedimentos para, ao longo do tempo, gerenciar as circunstâncias de oferta e exploração da utilidade pública, em torno da qual se relacionam vários outros agentes, partícipes indiretos (ou secundários do contrato). Portanto, a concessão, tal como aqui enfocada, apresenta um caráter contratual contínuo (de longa duração), de natureza mais normativa e processual do que comutativa. Um contrato relacional e, como tal, apto a produzir *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 151 - 152). No mesmo sentido, ver GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise. In: ESTUDOS de Contratação Pública – III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 25.



Por isso que, anteriormente, colocou-se a mutabilidade endocontratual como a capacidade do contrato de concessão incorporar, na sua estrutura regulatória, um grau de flexibilidade e elasticidade, que permita a sua constante modificação e adaptação sem alterações que demandem formalizações, do que são exemplos a alocação de riscos e regulação por resultados ou *performance*.

Oportunamente, já se assentou que os contratos regulatórios se enquadram como incompletos e com evidentes elementos relacionais, porque são construídos a partir de uma relação duradoura que se beneficiará, no caso das partes adotarem a confiança<sup>253</sup> e a boa-fé como elementos centrais da construção coordenada das soluções pós-contratuais<sup>254</sup>. Quanto maior a cooperação entre as partes, maior será a probabilidade do contrato ser executado de forma eficiente<sup>255</sup>.

O que se propõe, como um dos elementos centrais desta tese, é que os comportamentos e as condutas dos contratantes devam ser induzidos na regulação do contrato de concessão, com a previsão de cláusulas e regras que, de um lado, materializem, na prática contratual, os valores da boa-fé, cooperação, solidariedade e confiança; e, de outro, criem mecanismos inibidores de comportamentos antagônicos<sup>256</sup>,

---

<sup>253</sup> Para Antônio Menezes Cordeiro “Perante um contrato público, o particular adere a um programa de actuação firmado com o Estado. A confiança daí resultante é multidimensional. Salientamos: confiança no acatamento, pelo Estado dos deveres por este assumidos; confiança no não exercício da faculdade de alterar o contrato, sem reconstituir o equilíbrio inicial; confiança na manutenção do circunstancialismo que constitui a base da contratação. Quando estejam em causa concessões complexas, que exijam múltiplos investimentos, estes aspectos são mais marcados. É justamente na base de uma confiança ampla que o particular aceita contrapartidas baixas e procede à mobilização das poupanças e dos créditos que se mostrem necessários. A confiança não se limita, assim, à não-ocorrência de graves prejuízos: ela antes assenta em todo um programa contratual, a desenrolar no tempo, e que irá proporcionar o lucro mobilizador de toda a operação.” CORDEIRO, Antônio Menezes. *Contratos Públicos. Subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 105 - 106.

<sup>254</sup> Ver GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, Ano 3, n.5, p. 59 - 83, mar./ago.2014.

<sup>255</sup> Nas palavras de Giuliana Bonanno Schunck examinando os contratos de longa duração: “A maior cooperação que entendemos ser necessária entre as partes é importante não porque as partes devem se comportar de acordo com a moral ou com base no solidarismo contratual, mas, muito além disso, porque a cooperação será objeto indispensável para que o contrato seja executado da forma mais eficiente para as partes. Com isso, será possível realizar-se o programa contratual de forma ótima, com maior resultado e benefícios aos contratantes”. (SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 240.

<sup>256</sup> Pedro Gonçalves esclarece: “A ideia de colaboração subjacente ao presente escrito, associada aos tópicos de assistência ou auxílio do contratante público, remete-nos, pois, para a compreensão da relação contratual pública iluminada também por uma lógica de cooperação e de solidariedade e não apenas de antagonismo ou de divergência (adversarial).” (GONÇALVES, Pedro António P. Costa. *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*. In: *ESTUDOS de Contratação Pública – III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 30 - 31).

oportunistas e individualistas, que se afastem da justiça contratual e do equilíbrio substantivo que deve nortear relações duradouras e, naturalmente, interdependentes<sup>257</sup>.

Bem vistas as coisas, essa é mais uma razão para que contratos complexos, incompletos e relacionais, como o são os contratos de concessão - nos quais subjaz o dever de concretização de interesses públicos primários -, estejam estruturados com um sistema de governação eficiente e atento às suas naturais incompletudes.

Nesse sentido, a teoria dos contratos relacionais reforça essa conclusão a partir do marco teórico que compreende a interdependência, a cooperação, a boa-fé e a solidariedade como determinantes para o êxito de relações duradouras, abertas e, naturalmente, evolutivas.

#### 2.2.6.3 As Agências Reguladoras e os contratos de concessão incompletos e relacionais

Nos contratos de concessão, é preciso investigar como lidar com as incompletudes contratuais, sendo razoável supor que a vocação natural para o preenchimento dessas incompletudes deliberadas é a negociação empreendida pelas próprias partes contratantes. Estas apresentam, naturalmente, maior capacidade de tutelar os seus próprios interesses, promovendo a melhor alocação de recursos possíveis do que terceiros estranhos à relação contratual, em especial quando a lacuna ou o inacabamento decorreram da vontade deliberada de ambas as partes como um modelo alternativo de gestão dos riscos.

Como se examinou anteriormente, uma vez qualificados como contratos relacionais, o preenchimento das incompletudes e dos inacabamentos nos contratos de concessão, por meio da negociação entre os contratantes, deverá ser orientado por padrões de cooperação, equidade, confiança e boa-fé, tudo com vistas a que ocorra uma satisfatória integração da lacuna.

Entretanto, nem sempre as partes contratantes poderão integrar as incompletudes ou mesmo solucionar eventuais conflitos sem um auxílio externo. Pretende-se, portanto, sustentar nesta tese que, nos setores duplamente regulados, as Agências exercem uma

---

<sup>257</sup> Rodrigo Crelier Zambão da Silva anota que o espírito cooperativo ainda não foi incorporado nos contratos públicos brasileiros, com o contratado encarando o poder público como um adversário, principalmente, em razão dos poderes exorbitantes que decorrem da natureza administrativa destes contratos. SILVA, Rodrigo Crelier Zambão. *Cooperação e eficiência nos contratos públicos: abordagem normativa e o papel da Advocacia Pública*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XXIV, p. 45-88, nov. 2015. TUTUNGI JÚNIOR, Nicola; SILVA, Rodrigo Crelier Zambão (orga.). *Direito Administrativo: Eficiência e Prevenção na Administração Pública*. Rio de Janeiro: APERJ, 2016. p. 51.

relevantíssima função integrativa, promovendo uma releitura das condições e dos compromissos consensualmente ajustados nos contratos de concessão.

Para tanto, é importante estabelecer e compreender como a regulação por contrato e por Agência convivem, bem como os seus distintos espaços de atuação.

#### 2.2.6.3.1 A regulação por contrato e a regulação por Agência

Ainda que de forma breve, faz-se necessária uma digressão sobre as Agências no universo da regulação e do próprio Direito Administrativo.

A partir da década de 1990, tanto no Brasil como na Europa, foi recobrado com vigor o movimento de criação de Agências dotadas de independência e de elevada especialização técnica para regular determinados setores da economia<sup>258</sup>.

Historicamente, com o processo de desestatização - em curso - e com diversos serviços públicos e atividades econômicas passando a ser executados por agentes privados, o Estado se viu compelido a modificar a sua estrutura organizacional tradicional, que já não atendia às demandas deste novo modelo. A indispensável captação de investimentos privados, internos e externos estava diretamente relacionada à criação de um cenário político-econômico capaz de demonstrar que o Estado, no exercício da sua função regulatória, atuaria com a primazia da eficiência e com vistas à estabilidade das relações jurídicas e econômicas preestabelecidas.

Daí a necessidade de um ente com maior autonomia<sup>259</sup> em relação ao poder central - reduzindo os riscos da tomada de decisões ao sabor de interesses políticos - e dotado da especialização e profissionalização técnica, indispensáveis para acompanhar o constante

---

<sup>258</sup> Sobre o tema ver GILARDI, Fabrizio. The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe. Annals of the American Academy of Political and Social Science. Estados Unidos, mar. 2005. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0002716204271833>. Acesso em: 25/02/2019. GRAU, Eros. As agências, essas repartições. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25-28. AMARAL, Antônio Carlos C. do. Agências reguladoras de Serviços Públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 14, maio/jun./jul. 2008. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 463 e ss.

<sup>259</sup> Vital Moreira aprofunda a ideia de autonomia: “Concretamente no âmbito das pessoas colectivas públicas ela exprime a liberdade dos entes infra-estaduais em face do Estado, ou seja, a relativa independência em relação ao poder central. Conforme os diversos campos em que essa liberdade de conduta pode manifestar-se, assim se pode falar em autonomia regulamentar, autonomia administrativa (*stricto sensu*), autonomia patrimonial e financeira, etc. Neste sentido, a autonomia é uma questão de grau: pode ir de quase nada até à independência quase total. Nuns casos pode consistir senão na mera autonomia jurídica (existência de personalidade jurídica), sem nenhuma liberdade de acção; noutros casos pode ir até à mais ampla liberdade de decisão dentro da esfera de acção que lhe seja confiada (administração independente).” (MOREIRA, Vital. Administração autónoma e associações públicas. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 69-70).

avanço tecnológico na execução dos serviços públicos e nas atividades econômicas.

Surgiram, então, as Agências Reguladoras<sup>260</sup>, que foram acolhidas no Brasil sob a forma de autarquias em regime especial. São criadas por lei específica (art. 37, XIX, da CF), constituídas de patrimônio próprio e com o objetivo de executar uma atividade estatal típica (a implementação de uma determinada política pública), por isso a sua personalidade jurídica de direito público.

Portanto, é possível afirmar que o binômio autonomia/especialização técnica se traduz no principal diferencial das Agências Reguladoras, sempre com vistas a atender dois valores de extrema importância no atual contexto socioeconômico: a eficiência e a segurança jurídica.

A configuração do modelo de regulação via Agência coincide, desse modo, com a retomada da utilização das concessões em diversos setores da economia, tais como energia elétrica; telecomunicações; petróleo; transporte terrestre e aquaviário; portos.

Assim, a execução de determinados serviços públicos e atividades econômicas por operadores econômicos privados, demandavam para a construção de um modelo exitoso em que: a) as relações contratuais fossem duradouras para viabilizar a amortização dos investimentos; b) a existência de uma estrutura estatal autônoma e dotada de especialização técnica fosse apta a regular essas relações, cumprindo a missão de assegurar os padrões de eficiência na execução privada das atividades para garantir a estabilidade e a segurança jurídica dos contratos.

Logo, imbricam-se, quase que concomitantemente, a regulação por contrato e por Agência, não havendo qualquer contradição ou mesmo inconveniência no fenômeno, na medida em que elas podem assumir diversas formas, técnicas e estratégias que não

---

<sup>260</sup> Pedro Dutra aponta os principais fatores para a adoção do modelo das agências reguladoras: “Quatro fatores concretos contribuíram para definir o modelo moderno das agências reguladoras. O primeiro, a necessidade de decisões em tempo econômico, dirimindo conflito entre prestadores e entre estes e usuários. Setores como os de serviços públicos demandam altos investimentos de instalação e manutenção e a solução o tardia de conflitos vulnera investimentos e compromete o devido atendimento ao consumidor. O segundo fator é a habilitação técnica da agência, que lhe permita enfrentar a complexidade inerente aos serviços regulados, inclusive exigindo dos prestadores obediência às inovações tecnológicas. O terceiro é de ordem econômica: a tensão a ser permanentemente dominada, entre a tendência ao monopólio natural, inerente a esses serviços, e o fato de eles deverem ser prestados em um regime constitucional de livre mercado. O quarto fator opera no plano jurídico: aqui a tensão se acha na conciliação do interesse público, imantado pelo conjunto dos consumidores e o interesse privado, manifestado nas empresas prestadoras dos serviços. A eficiência de uma agência reguladora será medida pelo funcionamento harmônico desses seus elementos inexas, e também pelo estrito cumprimento das regras legais que lhe disciplinam a ação. Esta se desdobra em três planos objetivos e complementares entre si; a edição de regras específicas, destinadas aos prestadores de serviço e aos consumidores, a fiscalização do cumprimento dessas regras, dos contratos específicos e da lei, por parte dos prestadores, e, por fim a repressão à violação das regras legais, das obrigações contratuais e das normas regulatórias pelos prestadores de serviço.” (DUTRA, Pedro. A fiscalização dos serviços públicos privatizados. São Paulo: Jornal Gazeta Mercantil, 1998. p. 3).

necessariamente são excludentes umas das outras. No entanto, ao revés, esses elementos podem e devem conviver harmonicamente, sempre com o intuito de conformar o comportamento dos operadores econômicos às finalidades públicas.

Pedro Gonçalves (2013) explica que a regulação por contrato não tem de excluir a regulação por agência, esclarecendo ainda que existem diversos setores nos quais os operadores econômicos são regulados por ambos<sup>261</sup>. Na mesma linha, Floriano Azevedo Marques Neto (2015)<sup>262</sup> afirma que a regulação por contrato, para ser efetiva, não dispensa a existência do regulador independente, sendo que o contrato regulatório se mostra fundamental para permitir uma melhor atuação do ente regulador.

Nos setores regulados por Agências, é possível identificar um sistema de dupla regulação<sup>263</sup>, com a convivência entre compromissos, obrigações, comportamentos e condutas consensualmente firmados entre as partes. Ademais, essas ações são instrumentalizadas por meio do contrato de concessão e das demais funções, as quais serão exercidas pelas entidades autônomas heterorreguladoras - as Agências - durante a execução do ajuste.

A dupla regulação significa, portanto, a convivência entre a regulação *ex ante* por contrato e a *ex post* por Agência. No Brasil, é possível identificar o sistema de dupla regulação em vários setores, com a coexistência de ambas nas principais atividades concedidas ao setor privado<sup>264</sup>, nomeadamente aquelas categorizadas como serviços públicos.

---

<sup>261</sup> GONÇALVES, Pedro. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 140.

<sup>262</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 368.

<sup>263</sup> Como explica Pedro Gonçalves: “Embora várias circunstâncias possam contribuir para o fenômeno de múltiplos fins possam estar na mente do legislador, o estabelecimento de um sistema duplo de regulação - regulação por contrato combinada com regulação por agência - pretende introduzir, no processo regulatório, as vantagens do compromisso contratual (com a diminuição da discricionariedade regulatória da agência) e da proteção reforçada do equilíbrio entre o que se exige da empresa regulada e o que se lhe dá em troca, em termos de garantia do retorno do investimento efetuado. Em certos contextos, a regulação por contrato revela-se um instrumento essencial para atrair investimentos privados que, de outro modo, só com a regulação por agência não se realizariam. É verdade que não há garantias absolutas contra o incumprimento do Estado, seja enquanto contratante ou enquanto regulador; mas o incumprimento contratual tem a vantagem de se revelar facilmente como um ato ilícito, resultado que pode não se afigurar tão nítido no caso de uma mera alteração de normas que regulam um determinado mercado.” (GONÇALVES, Pedro. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 140-141).

<sup>264</sup> Entre outros exemplos, é o que ocorre nos seguintes setores: a) Energia Elétrica (Lei n.º 9.427/96 - art. 14); b) Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97 - art. 83); c) Petróleo e Gás Natural (Lei n.º 9.478/97 - art. 5º); d) Transportes, seja aquaviário, ferroviário, rodoviário ou aéreo (Lei n.º 10.233/01 - art. 14, I e Lei n.º 11.182/05 - art. 3º, V, respectivamente).

Constata-se que esse sistema encerra uma natural redução da discricionariedade do exercício da função reguladora da Agência<sup>265</sup>. Com efeito, a regulação *ex post*, exercida pela Agência, é influenciada e condicionada pelas decisões técnicas, econômicas, financeiras e políticas, consensualmente fixadas por ocasião da regulação do contrato de concessão.

Assim, ao contratualizar a regulação, restringe-se a discricionariedade da agência no exercício da sua função reguladora, na exata medida em que ela fica circunscrita aos limites, condicionamentos e parâmetros delimitados no momento da regulação por contrato.

Nos setores duplamente regulados, a Agência não exerce uma regulação plena e absoluta. Desse modo, decisões e escolhas regulatórias - fundamentais e conformadoras de toda a relação contratual duradoura - são tomadas no momento da celebração do contrato, conformando, inevitavelmente, a regulação *ex post* a ser exercida pela Agência.

Na regulação por contrato, cabe à entidade política - responsável por garantir a prestação do serviço ou a disponibilização da infraestrutura - exercer a função regulatória primária, sendo um dos seus objetivos traduzir os conceitos jurídicos indeterminados e abertos relativos ao conjunto de princípios incidentes sobre o objeto.

Isso é o que ocorre, por exemplo, no campo dos serviços públicos. Portanto, a regulação por contrato tem como tarefa explicitar como os princípios da universalidade, segurança, atualidade, eficiência, continuidade, regularidade, cortesia e modicidade tarifária serão operacionalizados, o que pressupõe a delimitação de parâmetros objetivos que densifiquem e concretizem cada um desses princípios.

Marcos Juruena Villela Souto (2015)<sup>266</sup> pondera que a eficiência é um conceito jurídico indeterminado e, como as concessões são relações de longo prazo, precisam passar por uma etapa de interpretação desse conceito. O autor ainda afirma que as Agências Reguladoras, por serem equidistantes dos interesses dos usuários, dos concessionários e do Concedente, devem ser as encarregadas desta função, praticando, para tanto, atos normativos, executivos ou judicantes<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> Como assinalado por GONÇALVES, Pedro Costa. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 141. No mesmo sentido, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 368.

<sup>266</sup> SOUTO, Marcos Juruena. Direito Administrativo das Parcerias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 75.

<sup>267</sup> De longa data, já se teve a oportunidade de afirmar: “Apesar de o contrato se constituir em um ato jurídico perfeito, será papel da entidade reguladora atualizar todos os conceitos e parâmetros contratuais, buscando sempre uma leitura à luz dos fatos e circunstâncias do presente. Afinal, o contrato de concessão é de longa duração e as condições fáticas iniciais não permanecem estáticas e dependem de um adequado

A despeito de não exercer uma regulação plena, a atuação da Agência será determinante para o êxito na execução do contrato de concessão. O arbitramento de distintos, múltiplos e complexos interesses - tais como a condução de renegociações contratuais, a decisão sobre reequilíbrios ou mesmo as revisões ordinárias de tarifas - é exemplo de uma atuação regulatória *ex post* que melhor se ajusta ao figurino de Agências dotadas de autonomia e independência em relação ao poder central.

Se questões desta magnitude pudessem ficar no espectro decisório do Concedente, estaria aniquilada a ideia de estabilidade e preservação da segurança jurídica dos contratos, cuja racionalidade de regulação *ex post* está diretamente ligada à estruturação de entes autônomos e tecnicamente especializados. Isso porque são dotados de capacidade para compor, ponderar e equilibrar harmonicamente os distintos, complexos e multilaterais interesses que coabitam nos contratos de concessão<sup>268</sup>.

Por isso que se vislumbra, como uma distorção regulatória - comprometendo as premissas acima invocadas -, os setores em que a Agência cumula também a função de Poder Concedente<sup>269</sup>. Essa circunstância elimina a imparcialidade e a neutralidade que devem nortear a ação e a conduta da Agência.

---

gerenciamento por parte do ente regulador.” (GARCIA, Flávio Amaral. Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 81).

<sup>268</sup> Não é possível ignorar o retrocesso regulatório ocorrido na história recente do Brasil. Problemas como contingenciamentos orçamentários das Agências, indicações políticas para ocupação de cargos técnicos, afrouxamento das sabinas e do próprio cumprimento dos requisitos de notório saber e reputação ilibada, além de uma atuação intrusiva dos Tribunais de Contas, nomeadamente do Tribunal de Contas da União, nas atividades finalísticas das Agências, acabaram por comprometer o binômio que configura pressuposto do êxito de qualquer regulação via Agência: independência e especialização técnica. Mas, essa circunstância não pode ter o condão de negar a função das Agências Reguladoras no seu papel fundamental de preservação do sistema, conciliando eficiência e segurança jurídica. O que se faz necessário é a reconstrução do arcabouço regulatório brasileiro, com a eliminação dessas patologias. Para aprofundamento do tema ver: SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013. Já se teve, também, a oportunidade de abordar o tema em GARCIA, Flávio Amaral. Concessões, Parcerias e Regulação. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 99.

<sup>269</sup> É o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Telecomunicações, como se vê no artigo 19, VI, da Lei 9472/1997: “Art. 19. A Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções”. A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis também cumula essas funções, a teor do disposto no artigo 8º, XXV, da Lei 9478/1997: “Art. 8º - A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: [...] XXV - celebrar, mediante delegação do Ministério de Minas e Energia, os contratos de concessão para a exploração das atividades de transporte e estocagem de gás natural sujeitas ao regime de concessão”. Ademais, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, como se desprende do artigo 25, I, da Lei 10.233/2001: “Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário: I – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, permitindo-se sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos operacionais.” Em outra ocasião, já se teve a

A regulação por contrato e por Agência acabam tendo as suas estratégias, funções e competências indevidamente embaralhadas, porquanto o mesmo ente que regula e concebe o contrato de concessão será o responsável por conduzir o posterior arbitramento dos distintos interesses apresentados ao longo da relação duradoura<sup>270</sup>.

Ao sustentar que a regulação por contrato e por Agência devem ser exercidas por pessoas distintas<sup>271</sup>, não se afirma que elas precisam necessariamente ser estanques e sem qualquer comunicação dialógica.

Assim, é extremamente salutar que as Agências, por exemplo, possam participar, sugerir, criticar ou mesmo propor soluções a serem consideradas por ocasião da regulação *ex ante* por contrato.

Com efeito, se a regulação por contrato e por Agência coexistirão por um longo período, tanto melhor que esta seja ouvida previamente acerca das opções e escolhas regulatórias do Poder Concedente, colhendo a sua perspectiva a partir da dimensão dialógica, a qual deve permear a conformação e a estruturação dos contratos de concessão na forma antes examinada.

Enfim, é possível aludir a uma tríplice fragmentação - temporal, subjetiva e objetiva - na função regulatória, quando está presente o sistema de dupla regulação (contrato e Agência). Desse modo, ela pode ser: a) temporal, porque é desdobrada em momentos não coincidentes, como na conformação contratual e na posterior atuação da Agência; b) subjetiva, pois é partilhada entre os entes distintos, isto é, a entidade federada

---

oportunidade de proceder idêntica crítica em GARCIA, Flavio Amaral. Concessões, Parcerias e Regulação. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 77.

<sup>270</sup> Thiago Priess Valiati pondera em idêntico sentido: “A partir desta modelagem nas quais as agências figuram como Poder Concedente nos contratos regulatórios, tem-se na atuação das agências uma verdadeira mistura e confusão de funções regulatórias (há, na realidade, uma efetiva sobreposição de funções por parte das agências, pois elas atuam em todos os momentos da atividade regulatória). A regulação por contrato em tais casos é uma autêntica ficção, porquanto a agência não possui autonomia para realizar escolhas independentemente do Poder Político”. (VALIATI, Thiago Priess. O sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação do contrato complementada pela regulação por agência. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, vol. 8, p. 23-58, jan/mar. 2019).

<sup>271</sup> Alexandre Santos de Aragão explica os dois modelos: “Discute-se a atribuição das funções do poder concedente ao Poder Executivo central, e não à agência independente, que ficaria apenas com as funções fiscalizatórias residuais, seria compatível com o que contemporaneamente se espera da regulação à luz do princípio da eficiência (art. 37, caput, CF). Há os que sustentam que as atribuições inerentes ao poder concedente são ínsitas à regulação e que, ao se retirar o poder concedente das agências reguladoras, estar-se-lhes-ia retirando a própria substância da competência regulatória. Afirmam ainda que a competência do Poder Executivo central para elaborar e promover os editais de licitação para outorga de serviços públicos e atividades econômicas não é condição para que possa fixar as políticas públicas de cada setor, até porque essas são logicamente anteriores à elaboração dos editais. O Poder Executivo central fixaria previamente as políticas públicas que pautariam as licitações a serem promovidas pelas agências. No outro pólo, afirma-se que a permanência do poder concedente no Poder Executivo central é condição de uma eficaz regulação, já que só assim teríamos configurado o triângulo regulatório (poder público – empresas reguladas – usuários), em cujo centro ficaria o regulador.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 590-593).



titular do serviço ou da infraestrutura (Governo) e a Agência Reguladora; c) objetiva, uma vez que o contrato reflete, primariamente, escolhas regulatórias fundamentais e decisivas para o restante da atividade regulatória, enquanto a Agência, a partir dessas escolhas, secundariamente tem a tarefa de ponderar os diversos interesses na busca do justo equilíbrio e na função integrativa e negociada das incompletudes contratuais<sup>272</sup>.

#### 2.2.6.3.2 A função interpretativa e integrativa da Agência nos contratos de concessão incompletos e relacionais

Fixadas essas premissas relevantes para a compreensão dos distintos espaços de atuação da regulação por contrato e por Agência, faz-se necessário investigar como essa temática se relaciona com o figurino de incompletude dos contratos de concessão anteriormente examinados.

Como já afirmado, a regulação por contrato contém elementos de incompletude, sendo dotada de lacunas que poderão ser objetos de uma atuação de completamento pela Agência, com vistas a preservar o equilíbrio sistêmico entre os interesses juridicamente protegidos de todas as partes envolvidas<sup>273</sup>.

Noutros termos, a regulação por agência assume, diante da incompletude do contrato de concessão, uma função integrativa. Assim, isto pode ser traduzido na ideia de uma constante e permanente releitura do contrato à luz de circunstâncias econômicas, financeiras, tecnológicas e sociais que poderão sobrevir durante a sua execução.

Nos distintos espaços da incompletude contratual, vislumbra-se um amplo espectro de atuação no campo da regulação por agência, aqui denominada de função regulatória secundária. Ela não é designada assim por ser menos importante do que a

---

<sup>272</sup> Conforme já se teve a oportunidade de afirmar em GARCIA, Flavio Amaral. Concessões, Parcerias e Regulação. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 156.

<sup>273</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto aborda a relação da regulação por contrato e por Agência: “Dada sua natureza relacional, os contratos de concessão- especialmente pelos traços de longa duração e cambialidade, por seu caráter normativo processual e pelo fato de alcançarem múltiplos atores e de demandarem permanentemente negociação regulatória – deixam mais clara a necessidade de existência de uma autoridade reguladora que mantenha com a estrutura estatal uma relação de mais autonomia, de mais isenção. E essa demanda colocou a constituição de órgãos reguladores independentes como o instrumento para o exercício da autoridade estatal dentro de uma perspectiva distinta da tradicional estrutura administrativa. E permitiu que os entes reguladores independentes se afirmassem como espaços públicos mais adequados para exercer e efetivar o arbitramento de interesses dos agentes enredados em torno do pacto concessório. [...] Mais recentemente não se tem a regulação exógena por entes autônomos como contraditória com o caráter regulatório dos contratos de concessão, embora quando do surgimento do debate em torno da necessidade de entes reguladores independentes para exercer a regulação sobre utilidades públicas concedidas ela fosse justificada como contraponto da regulação contratual, tida por fraca e burocrática.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 367).

regulação por contrato, mas porque opera a partir de um *regulatory commitment* preestabelecido pelo ente político e não pela agência.

Lembre-se que as relações sujeitas à dupla regulação (por contrato e por Agência) são, como regra, complexas e envolvem aspectos financeiros, econômicos, técnicos e jurídicos que nem sempre comportam as soluções preconcebidas. Não é factível esperar que a cláusula contratual possa sempre predeterminar todas as situações de modo conclusivo<sup>274</sup>.

A função integrativa das Agências - na perspectiva que ora se alude - não se confunde com a integração das lacunas da lei, quando, diante de uma omissão legislativa, as questões são solucionadas com o uso da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais do Direito<sup>275</sup>.

Isso porque, primeiramente, as Agências não promovem uma integração apenas jurídica, visto que a sua atuação é essencialmente multidisciplinar e, portanto, atenta aos aspectos econômicos, financeiros, técnicos e políticos. Em outras palavras, o desempenho das Agências - não obstante limitado pelo Direito e pela lei - não opera apenas lastreado na racionalidade jurídica. Assim, para bem cumprir o seu mister, devem ser agregadas, à racionalidade jurídica, as distintas perspectivas próprias de outras ciências e de espaços extrajurídicos que, necessariamente, integrarão o seu plexo de competências e atribuições.

Em segundo lugar, o sentido desejado para a expressão função integrativa, na forma utilizada neste estudo, mais se aproxima da ideia de completamento do contrato de concessão. O ponto exige uma reflexão mais aprofundada, já que esse completamento pode se materializar de diversas formas durante a atuação articulada entre a regulação por contrato e a regulação por Agência.

---

<sup>274</sup> Conforme aduz Habermas: “A moderna prática de administração revela tal grau de complexidade, de dependência da situação e de incerteza, que ela não pode ser captada plenamente pelo pensamento, não podendo, pois, ser determinada de modo conclusivo. Por isso, aqui não funciona mais o tipo clássico de norma de um programa condicional, que enumera nos fatos os pressupostos sob os quais o Estado está justificado a intervir e determina quais medidas ele pode tomar.” (HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre Facticidade e Validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 174, v. 2).

<sup>275</sup> A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, veiculada pelo Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.42, prescreve que: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Por sua vez, o Código Civil Português, veiculado por intermédio do Decreto-Lei nº 47344/66, de 25 de novembro: “Artigo 10º (Integração das lacunas da lei) 1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos. 2. Há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. 3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.”

O completamento pode, por exemplo, decorrer de uma lacuna contratual deliberada, em que as partes, propositadamente, tenham compreendido que a melhor decisão será aquela que considere o contexto da ocorrência do evento, ou mesmo que seria excessivamente custoso precificar soluções *ex ante*.

Assim, a gestão *ex post* dos riscos pode ser a solução possível ou ainda a mais adequada em várias situações concretas na estruturação do contrato de concessão, cabendo à Agência, no exercício da sua regulação *ex post* e das suas competências institucionais, auxiliar ou conduzir o completamento do contrato.

Essa solução pode, também, ser compreendida na ótica de um proposital espaço de discricionariedade - aberto no contrato de concessão<sup>276</sup> - que confira, no sistema de dupla regulação, uma margem para livre apreciação e decisão, conforme as circunstâncias fáticas que venham a se apresentar. Aplica-se, aqui, o mesmo raciocínio utilizado do poder discricionário conferido pelo legislador. A diferença é que a fonte da delimitação da discricionariedade decorre diretamente do contrato e não da lei.

Desse modo, o contrato de concessão não precisa explicitar que aquele espaço deverá ser preenchido pela Agência, visto que a competência da atuação desse ente decorre da lei e não do contrato.

O completamento pode suceder, também, da utilização de conceitos jurídicos indeterminados<sup>277</sup> na formulação do contrato de concessão, invocando,

---

<sup>276</sup> Paulo Otero, ao prefaciar coletânea voltada ao estudo da Analogia no Direito Administrativo, esclarece a diferença entre lacuna e poder discricionário: “A lacuna distingue-se, deste modo, da atribuição de um poder discricionário concreto ou da remissão aberta da disciplina de determinada matéria para um órgão administrativo, pois, em qualquer destas últimas hipóteses, esse era o plano do órgão regulador, existindo, em vez de lacuna, uma norma de competência dispositiva (concreta ou normativa). Pelo contrário, haverá sempre lacuna quando o órgão regulador, apesar de não o ter feito, pretendia disciplinar a matéria em causa, segundo um critério objetivo revelado pela interpretação do plano da regulação em causa, sem que ele tivesse qualquer intenção de remeter essa regulação para a esfera de competência de um órgão administrativo.” (OTERO, Paulo. In: CALDAS, Filipa Lemos (Coord.). Analogia em Direito Administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 9). Na mesma linha, aduz Afonso Rodrigues Queiró: “É preciso não confundir as lacunas do ordenamento jurídico-administrativo com o recurso pelo legislador a normas administrativas em branco, a normas de conteúdo técnico e ainda com a atribuição, pelo legislador, de faculdades discricionárias à Administração.” (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Lições de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 1976. p. 581. v. 1).

<sup>277</sup> Paulo Otero explica a necessidade de se operar com conceitos abertos e indeterminados: “Acontece mesmo, por paradoxal que possa ser, que só uma intencional imperfeição ou incompletude de muitas das normas pode salvar as leis de uma vigência efêmera em matéria de bem-estar e de prevenção de riscos: a utilização de conceitos indeterminados, o recurso a enumerações exemplificativas e a fuga para as cláusulas gerais, remetendo para o aplicador administrativo ou jurisdicional a concretização do Direito, tal como o estabelecimento de meros critérios materiais de ponderação de futuras decisões administrativas através da fixação de fins e objetivos de acção, senão mesmo a crescente formulação de normas conferindo poderes discricionários aos órgãos administrativos, tornam-se inevitabilidades que, além de reforçarem a função constitutiva da Administração na realização da juridicidade, geram uma progressiva indeterminação do Direito.” (OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 159). Dinorá Adelaide Musetti esclarece: “A expressão

propositadamente, expressões porosas, abertas, genéricas e elásticas<sup>278</sup> que poderão ser densificadas de forma apropriada à medida que se desenvolva o substrato fático.

Nos sistemas duplamente regulados, a Agência poderá se apresentar como o ente dotado de maior capacidade para extrair os conteúdos concretos de cláusulas abertas - ou mesmo daquelas que expressam conceitos jurídicos indeterminados-, o que é inferido a partir da própria concepção e da razão de ser na criação desses entes, dotados de maior autonomia e especialização técnica.

Pode-se, ainda, aludir a um completamento do contrato de concessão que seja operado com base em uma perspectiva evolutiva e de uma certa curva de aprendizado, segundo os termos e condições inicialmente pactuados.

Logo, é natural e esperado que cláusulas celebradas em um período mais remoto ou em um determinado contexto demandem releituras - interpretativas ou integrativas - que as tornem adequadas e efetivas à luz das novas realidades e desafios impostos ao contrato e às próprias partes. Afinal, como ensina Paulo Otero (2003), a aplicação do Direito é sempre um ato de criação<sup>279</sup>.

O contrato de concessão não ingressa no mundo jurídico como uma abstração descasada da realidade. As transformações econômicas, financeiras, sociais e tecnológicas acarretam constantes mudanças na realidade de fato, podendo a Agência - no exercício das suas competências institucionais e inserida em um sistema de dupla regulação - promover a releitura e a reinterpretação do contrato, sem que, a rigor, tenha havido qualquer modificação formal. Em determinados aspectos, a plasticidade poderá ser uma característica intrínseca do próprio contrato de concessão.

---

‘conceito jurídico indeterminado’ [...] ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido determinado, preciso, objetivo, conceitos vagos, imprecisos, elásticos, de contornos indeterminados, mas que abundam nas normas jurídicas dos vários ramos do direito.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Instituição Toledo de Ensino. p. 61-115. 2011. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20046/conceitos\\_juridicos\\_indeterminados.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20046/conceitos_juridicos_indeterminados.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2019). Gustavo Binbenojm adverte: “Com efeito, as normas jurídicas podem trazer, em seu enunciado, conceitos objetivos [...], que não geram dúvidas quanto à extensão de seu alcance; conceitos cujo conteúdo é decifrável objetivamente, com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos [...]; e, finalmente, conceitos que requerem do intérprete da norma uma valoração [...]. Estes últimos integram o que se entende por conceitos jurídicos indeterminados [...]” (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 226).

<sup>278</sup> Para aprofundamento do tema ver OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 700.

<sup>279</sup>OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 215.

Assim, por exemplo, o conceito de segurança ou mesmo as tecnologias utilizadas para executar o contrato de concessão poderão se modificar com bastante intensidade em ajustes duradouros. Em situações tais, caberá à Agência, no exercício da sua regulação *ex post*, impor novos mecanismos que aprimorem a segurança dos usuários ou que promovam a adequação da execução do objeto às tecnologias mais avançadas.

Ao impor novos investimentos para atualizar os conceitos de segurança ou que envolvam modernizar o modo de execução às tecnologias mais atuais, a Agência promove um completamento do contrato - fruto da sua releitura - à luz das novas condições que se apresentam no mundo real, afastando a ideia de que o contrato é estático, rígido e inflexível. Claro que o método a ser utilizado pela Agência não é unilateral, mas essencialmente dialógico, com a indispensável ponderação e sopesamento de outros valores e condicionantes que assegurem os direitos do contratado e preservem a essência e o núcleo do contrato de concessão.

No exemplo acima cogitado, o incremento dos parâmetros de segurança ou da tecnologia a ser utilizada - adequando o contrato à realidade presente - deverão, obrigatoriamente, vir acompanhados das medidas concretas que reequilibrem o contrato de concessão, sob pena de expropriarem os legítimos direitos do contratado.

Enfim, as Agências podem atuar de forma decisiva para exercitar uma função integrativa, sistêmica, harmônica, equidistante e equilibrada, objetivando compor os distintos interesses das partes na operacionalização da mutabilidade e no preenchimento das naturais incompletudes dos contratos de concessão. Caberá à Agência moldar a nova realidade que venha a se apresentar a partir das superveniências fáticas que se desenhem.

Negar essa atribuição seria considerar, nos setores duplamente regulados, a Agência como uma estrutura orgânica criada apenas para fiscalizar o contrato, o que configuraria uma visão excessivamente reducionista.

Esses entes, nos setores duplamente regulados, não desempenham uma função meramente burocrática, mecânica e circunscrita apenas aos aspectos inerentes à fiscalização. Logo, o seu plexo de atribuições é mais amplo e sofisticado, estando aptos a interpretar as mutações sucedidas ao longo da duradoura relação, sem, evidentemente, romper com o compromisso regulatório formalizado por ocasião do contrato de concessão.

Os contratos de concessão estruturantes - que são de relevantes interesses públicos - transcendem aos interesses das partes, competindo à Agência preservar o sistema<sup>280</sup> e encontrar o ponto ótimo que assegure o equilíbrio dos interesses juridicamente protegidos, maximizando as potenciais vantagens e benefícios dos envolvidos.

Desse modo, é relevante destacar que a função integrativa encontra limites na própria regulação do contrato de concessão, o qual não pode ser ignorado pela Agência Reguladora<sup>281</sup>. Afinal, a missão do regulador é preservar a segurança jurídica e não a aniquilar.

Por isso, a relevantíssima função integrativa da Agência Reguladora no completamento do contrato de concessão e na releitura das suas cláusulas - à luz das novas e cambiantes realidades econômicas, sociais, técnicas, financeiras e políticas -, deve se compatibilizar com a observância ao ato jurídico perfeito. Este que é consagrado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal<sup>282</sup> e arraigado, de longa data, no ordenamento jurídico pátrio desde a edição do Decreto Lei nº 4.657 de 04.09.62<sup>283</sup>.

O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são instrumentos concretizadores da segurança jurídica<sup>284</sup> e visam garantir a paz social e a estabilidade nas relações jurídicas.

---

<sup>280</sup> Floriano De Azevedo Marques Neto explica que a atividade de regulação pressupõe a noção de equilíbrio e que remete, necessariamente, a trabalhar com a ideia de sistemas. Para aprofundamento do tema ver MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Econômica e suas modulações. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=64263>>. Acesso em: 15 out. 17.

<sup>281</sup> Nas palavras de Marcos Juruena Villela Souto: “Nos contratos de concessão de serviços públicos, o risco de avaliações subjetivas ao longo de vários governos que atuarão durante o período do contrato impõe que originalmente sejam traçados parâmetros objetivos para a revisão, observado o prazo mínimo da legislação monetária.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 410-411).

<sup>282</sup> Art. 5º “[...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

<sup>283</sup> Confira-se o teor do artigo 6º: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

<sup>284</sup> Sobre a dupla vertente do princípio da segurança jurídica, assim se pronuncia J. J. Gomes Canotilho: “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança com um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. [...] (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade de casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 252).

O ato jurídico perfeito representa aquele já consumado, segundo a lei vigente, ao tempo em que se efetuou. Nessa linha, pode-se afirmar que é a partir da proteção constitucional do ato jurídico perfeito que são extraídos os limites à incidência de novos regramentos a situações constituídas sob a égide de legislação pretérita, de modo a potencializar a segurança jurídica na vertente objetiva. A garantia extraída do texto constitucional busca valorizar a estabilidade das relações jurídicas, a conservação de direitos em face de situações inéditas e a boa-fé dos destinatários dos comandos normativos.

Assim, se nem mesmo a lei pode retroagir para alcançar o ato jurídico perfeito, muito menos poderia se admitir que decisões regulatórias, a pretexto de operacionalizarem a mutabilidade, pudessem fazê-lo. As Agências, nos setores duplamente regulados, têm como uma das suas funções promover a releitura do contrato com base em parâmetros que permitam viabilizar licitamente as mutações nos contratos de concessão. Contudo, essa circunstância e essa particularidade, no exercício da função reguladora, não autorizam compreender que as decisões proferidas pelas Agências tenham o condão de rever o passado<sup>285</sup> ou mesmo de ignorar os limites semânticos das cláusulas contratuais.

Admitir tal possibilidade seria conferir um poder a um terceiro, não integrante da relação contratual, que pudesse interferir retroativamente nas decisões e no núcleo essencial daquilo que as partes convencionaram, alterando consideravelmente a estabilidade dos contratos e a sua segurança jurídica. Portanto, a proteção constitucional do ato jurídico perfeito assegura que os contratos de concessão não sejam alterados por via regulatória transversa.

A função de completude interpretativa e integrativa da Agência não é ampla e irrestrita, mas conformada pelas escolhas regulatórias realizadas no domínio do contrato e dos demais marcos regulatórios e legais que lhe antecedem. A sua atuação deve ser

---

<sup>285</sup> Alexandre Santos De Aragão alerta que: “Demonstrado fica, então, que a base de cálculo de qualquer espécie de revisão tarifária consiste sempre na tarifa e nos dados econômicos preexistentes, especialmente em se tratando de primeira revisão, dos existentes no momento da licitação. Em outras palavras, as revisões tarifárias – ordinárias ou extraordinárias, amplas ou restritas, tradicionais ou dinâmicas – sempre visam a manter a equação econômico-financeira que resultou da proposta vencedora da licitação, não lhe cabendo estabelecer uma nova equação/taxa de retorno que agora o Poder Concedente esteja achando mais justa.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão Tarifária Substitutiva da Modelagem Econômica Licitada. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro. Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno. A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 45).

imparcial e neutral<sup>286</sup>, devendo interpretar as cláusulas contratuais para atualizar e orientar tecnicamente a execução dos contratos de concessão.

O que ora se defende é que, nos setores duplamente regulados, a Agência atua como operacionalizadora da mutabilidade não na alteração do pactuado, mas na interpretação e integração dele, zelando de forma neutra e impessoal pelos interesses das partes, sobretudo do próprio contrato e do sistema.

No sistema de dupla regulação, a Agência Reguladora deverá, por missão, conferir segurança jurídica às mutações. A interpretação dinâmica e evolutiva das incompletudes contratuais e a preservação do equilíbrio sistêmico exigirão do regulador uma constante e razoável ponderação dos interesses.

Conferir segurança jurídica às mutações é uma tarefa complexa, podendo comportar mais de uma via interpretativa e integrativa. A regulação, por essência, impõe uma compreensão multidisciplinar das questões, ensejando uma coordenação entre os sistemas jurídico, econômico, político e social<sup>287</sup>.

A Teoria dos Contratos Incompletos reforça o papel do Poder Judiciário na solução dos conflitos decorrentes desses tipos de contratos, e a Teoria dos Contratos Relacionais propugna o esforço revisional e negocial das partes e o recurso a métodos alternativos de resolução de litígios<sup>288</sup>. Dessa forma, uma adaptação possível, quando se

---

<sup>286</sup> Como explicado anteriormente, a Agência deve ser um ente equidistante das partes e não com elas se confundir. Quando a Agência acumula a função de Concedente, perde-se a imparcialidade e a neutralidade, comprometendo a própria função integrativa que ora aqui se sustenta.

<sup>287</sup> Mesmo no campo do Direito, Norberto Bobbio já advertia para a necessidade de uma Teoria Realista do Direito, mais voltada à efetividade do que à validade formal das normas jurídicas e que buscasse uma inter-relação entre o sistema jurídico, econômico, político e social. Ele afirmava que a “[...] ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente.” (BOBBIO, Norberto. Dalla Struttura alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 56).

<sup>288</sup> A ação regulatória da Agência denota espectro com maior amplitude, podendo-se aduzir a uma interpretação prospectiva e sistêmica. No campo da resolução dos conflitos, por exemplo, não há dúvida de que a via arbitral ou mesmo a via judicial se constituem, igualmente, em legítimas opções para o preenchimento daquelas incompletudes contratuais que as partes, consensualmente, não obtiveram êxito em solucionar. Mas, os métodos e os propósitos das vias arbitral e judicial são distintos da via regulatória exercida pela Agência. A completude da lacuna contratual, via Agência, tem escopo mais amplo e se legitima na medida em que consegue solucionar, a contento eventual, litígio ou conflito, ponderando racional e harmonicamente os demais interesses que, eventualmente, estejam postos no tabuleiro regulatório. A completude da lacuna contratual, via arbitral ou judicial, tem escopo mais reduzido e se circunscreve à solução pontual do evento ensejador do conflito, promovendo a justiça do caso concreto. Ainda que outros aspectos possam influenciar a decisão do árbitro ou do juiz, a sua missão principal será solucionar o litígio instaurado, cujo foco da atuação é a resolução de um conflito *inter partes*. Pode-se arriscar a dizer que a interpretação arbitral ou judicial apresentará cunho mais declaratório e retrospectivo, ao passo que a Agência produzirá interpretação mais prospectiva e sistêmica. O regulador tem uma atuação não apenas voltada para a solução de um conflito, mas também uma perspectiva finalística que leva em consideração as repercussões sistêmicas das suas decisões no setor, o que implica regular não só retrospectivamente, mas prospectivamente, considerando eventuais impactos daquela decisão em outros contratos ou mesmo em outros setores regulados. Não se trata somente de uma interpretação ou integração isolada para uma determinada situação contratual específica, mas de uma avaliação regulatória-contratual com espectro mais amplo.



examinam as referidas teorias no campo da regulação do contrato de concessão, é identificar nas Agências uma relevante função integrativa e de complemento dos inacabamentos dos contratos de concessão<sup>289</sup>.

Ao longo do desenvolvimento dos demais capítulos, serão cogitadas algumas hipóteses e exemplos concretos dessa importante atuação da regulação por Agência no complemento das lacunas que, naturalmente, decorrem da regulação por contrato.

---

<sup>289</sup> Conforme já se teve a oportunidade de sustentar em GARCIA, Flavio Amaral. Concessões, Parcerias e Regulação. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 156.

### CAPÍTULO 3 – A MUTABILIDADE E AS CAUSAS TRADICIONAIS DE MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

O exame das causas tradicionais da mutabilidade se revela de extrema utilidade, fruto de sistematizações consolidadas pela doutrina e jurisprudência, em especial a francesa e aceitas no Direito brasileiro.

Efetivamente, apesar da sua importância histórica e da inegável utilidade ainda nos tempos atuais, pretende-se demonstrar que as categorias tradicionais de modificação dos contratos administrativos, adiante examinadas, não mais esgotam todas as dimensões da mutabilidade nos contratos de concessão.

São consideradas causas tradicionais de modificação dos contratos administrativos as seguintes mutações: a) *ius variandi*; b) teoria da imprevisão; c) fato do príncipe; d) fato da administração; e) sujeição imprevista; f) caso fortuito e força.; g) alterações bilaterais.

O objetivo aqui é o de examinar os contornos jurídicos de cada uma dessas mutações, mas a partir da perspectiva e da visão assentada acerca dos pressupostos contemporâneos dos contratos de concessão estabelecidos no Capítulo 2.

Faz-se importante anotar que a investigação a ser procedida de cada uma das referidas causas de modificação dos contratos de concessão não se pretende exaustiva, senão que vinculada aos aspectos centrais que orientam a elaboração desta tese. Cada um dos temas adiante abordados, comporta diversas complexidades e especificidades e uma abrangência que jamais poderia ser esgotada nos limites deste estudo.

Antes, contudo, de examinar cada uma das causas tradicionais de modificação dos contratos de concessão, importante percorrer a trilha histórica da mutabilidade.

#### 3.1 Uma contextualização inicial da mutabilidade: histórico e fundamentos

Os contratos administrativos têm como uma das suas características nucleares a mutabilidade. O seu fundamento valorativo é a prossecução do interesse público<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> Cf. HOEPFFNER, Hélène. La modification du contrat administratif. Paris: LGDJ, 2009. p. 145 e ss. COLLAÇO, J. Magalhães. Concessão de Serviços Públicos: sua natureza jurídica. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1914. p. 35 e ss. GONÇALVES, Pedro Costa. Direito dos contratos públicos. Coimbra: Almedina, 2015. p. 566 e ss. ANDRADE, José Carlos Vieira. A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2010. v. I. p. 346. (Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova Lisboa) e ss. ALMEIDA, Mário Aroso de. Contratos administrativos e regime de sua modificação no novo Código de Contratos Públicos. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. II. p. 811 e ss. LEITÃO, Alexandra. Licções de direitos dos contratos públicos: parte geral. Lisboa: A.A.F.D.L, 2015. p. 233 e ss. FREITAS, Lourenço Vilhena de. Direito dos contratos públicos e

Historicamente, a adaptabilidade do interesse público e, por conseguinte, a necessidade de alteração do contrato para se adequar às novas contingências se originou na França<sup>291</sup>, por ocasião de uma decisão do Conselho de Estado<sup>292</sup> que determinou, em contrato de concessão de serviço público de transporte, sobre o dever de o concessionário utilizar mais veículos na exploração do serviço em razão do crescimento populacional<sup>293</sup>.

O caso versava sobre o serviço de bondes de Marselha; o Conselho de Estado Francês<sup>294</sup> entendia que o concessionário deveria estender a rede de transporte até as localidades que dele necessitassem, como forma de atender ao interesse da coletividade<sup>295</sup>.

A percepção da mutabilidade como elemento central para o atendimento do interesse público pelo Conselho de Estado Francês acarretou, como consequência, o reconhecimento do poder de alteração unilateral do contrato pelo contraente público (*ius variandi*), como instrumento para a sua efetivação, tendo assumido a doutrina francesa

---

administrativos. Lisboa: A.A.F.D.L, 2014. p. 391 e ss. RODRIGUES, Pedro Nuno. A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas. Lisboa: Universidade Católica, 2012. p. 37 e ss. MELE, Eugene. Contratti delle pubbliche amministrazioni. Milão: Giuffrè, 1993. p. 268-272 e ss. ASTUDILLO, José Maria Fernández. Contratación Pública. Barcelona: Bosh, 2008. Tomo II. p. XI-26 e ss. MATILLA, Francisco Javier Vásquez. La modificación de los contratos públicos. Navarra: Thomsom Reuters, 2015. p. 144 e ss. p. 197 e ss.. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 266-268 e ss. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 320 e ss. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, Ano 8, n. 88, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57246>>. Acesso em: 12 jan. 2018. GOMES, Antonieta Rosa. Da mutabilidade dos contratos administrativos. São Paulo: Terceira Margem, 2013. p. 51

<sup>291</sup> Sobre o tema ver JÈZE, Gastón. Théorie Générale des Contrats de l'Administration. In : Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et à l'Étranger. Paris: Marcel Giard, 1930, p. 239 e ss. LAUBADÈRE, André de; FRANCK, Moderne; PIERRE, Devolvé. Traité des Contrats Administratifs. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 1984. p. 411 e ss. RIVERO, Jean. Droit Administratif. 8. ed. Paris: Dalloz, 1977 e ss. RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 145 e ss. CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1980. p. 619 e ss. AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2013. v. II. p. 625 e ss. CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1980. p. 619

<sup>292</sup> Jean Rivero e Jean Waline anotam que várias regras do Direito Administrativo francês decorrem exclusivamente dos julgados do Conselho de Estado e que, por isso, a sua construção e formulação não se apresentam em tese, mas voltadas a solucionar problemas concretos, conferindo ao juiz certa margem de apreciação para avaliar situações específicas e casuísticas. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. Droit Administratif. 21 ed. Paris: Dalloz, 2006. p. 08 - 09

<sup>293</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro. A concessão de serviço público. Coimbra: Almedina, 1999, p. 255.

<sup>294</sup> Segundo DOMINIQUE LATOURNERIE, foi a partir do ano de 1872 que o Conselho de Estado francês assumiu a função jurisdicional para decidir e julgar as matérias afetas ao contencioso administrativo. LATOURNERIE, Dominique. Le Conseil d'État ("au nom du peuple français..."). Paris: Dalloz, 2005, p. 02.

<sup>295</sup> Cf. OLIVEIRA, Fernando Andrade. Contratos Administrativos e suas Alterações. Direito Administrativo na Década de 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 174.

essa característica como um dos elementos nucleares da teoria dos contratos administrativos<sup>296</sup>.

Essa dogmática própria dos contratos administrativos se espalhou para outros países que, seguindo o modelo francês, incorporaram, nos seus respectivos ordenamentos jurídicos, o poder de alteração unilateral dos contratos administrativos como mecanismo próprio e adequado para operacionalizar a mutabilidade e, conseqüentemente, viabilizar o princípio da prossecução do interesse público. Foi o que aconteceu, por exemplo, com Portugal, Espanha e Brasil<sup>297</sup>.

No Brasil, de um modo geral, a construção do próprio Direito Administrativo foi essencialmente doutrinária<sup>298</sup>. Esse aspecto histórico é deveras relevante para compreender as raízes das categorias tradicionais de alteração dos contratos na legislação brasileira e oriunda, ainda que reflexamente, da jurisprudência firmada no Conselho de Estado e da construção doutrinária produzida na França.

---

<sup>296</sup> Veja-se por todos a lição de JÈZE: “*Em droit public français, les règles sur les contrats s’inspirent des idées générales qui justifient ces règles en droit privé; mais on combine ces idées avec les nécessités du fonctionnement régulier et continu des services publics*”. (JÈZE, Gaston. *Théorie Générale des Contrats de l’Administration*. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et à l’Étranger*. Paris: Marcel Giard, 1930. p. 88). Cabe destacar a importância de Gaston Jèze como um dos principais artífices na construção da teoria do contrato administrativo na França e do seu regime de exorbitância, cuja transposição para o Direito brasileiro foi promovida com alguma simplificação do seu pensamento. Nesse sentido, ver: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 319.

<sup>297</sup> Como sintetiza Diogo Freitas do Amaral: “Assim nasceu, em França, de onde se espalhou para vários outros países europeus (especialmente, Portugal e Espanha) e também sul-americanos, a teoria dos contratos administrativos, que passou a constituir uma das traves mestras do edifício do Direito Administrativo nos países onde vigora um sistema de administração executiva do tipo francês”. (AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 458). Fernando Dias Menezes de Almeida, amparado nas lições de Michel Fromont, descreve sinteticamente as ramificações históricas do regime dos contratos na realidade europeia: “O princípio da submissão ao Direito Público faz-se presente com mais clareza no dito modelo francês, o qual exerceu influência em maior grau sobre países como Portugal, Espanha e a Grécia; e exerceu influência, porém com atenuações, sobre a Bélgica e a Itália. Já o princípio da submissão ao Direito Privado encontra-se em dois modelos originais diversos: o modelo alemão e o modelo inglês. O primeiro marca os Direitos dos Países Baixos, Áustria, Suíça e Polónia. O segundo o da Irlanda”. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.173).

<sup>298</sup> Conforme anota Maria Sylvia Zanella di Pietro: “Enquanto, no Direito Francês, o direito administrativo era de formação pretoriana, jurisprudencial, adaptável de forma mais flexível ao interesse público sempre cambiante, pelo trabalho criativo da jurisprudência, no Brasil essas mesmas teorias e princípios foram incorporados ao direito positivo.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. In: *CADERNOS de Direito e Cidadania II (IEDC)*. São Paulo: Artchip, 2000, p. 62). No mesmo sentido leciona Fernando Dias Menezes de Almeida: “De um lado, os autores brasileiros – isso se aplica particularmente ao caso da teoria do contrato administrativo – fundamentam-se em doutrina e jurisprudência francesas. De outro, em um momento posterior, tal teoria foi sendo progressivamente cristalizada na legislação brasileira.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 41).

Conquanto a mutabilidade seja, hodiernamente, uma característica intrínseca dos contratos administrativos na sua generalidade<sup>299</sup>, foi no campo dos serviços públicos que floresceu com maior intensidade, dada a dinamicidade que orienta a sua prestação e a constante necessidade de readequação para bem atender à coletividade e aos usuários<sup>300</sup>.

O regime substantivo dos contratos administrativos nasce, portanto, sob o signo da mutabilidade<sup>301</sup>, com o poder de alteração unilateral das condições originais do contrato funcionalizado para o atendimento dos públicos interesses.

Claro que a esse poder de modificação unilateral do contrato (*ius variandi*) corresponde o direito do cocontratante à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato<sup>302</sup>. Ninguém se atreveria a pactuar ajustes com entes públicos, uma vez que cientes de que o vínculo poderia ser instabilizado unilateralmente sem a correspondente reposição remuneratória. A pretexto de atender ao interesse público, não se pode cogitar como legítima a expropriação dos interesses privados do particular.

Portanto, o poder de alteração unilateral do contrato é a técnica utilizada pelo Direito Administrativo para operacionalizar a mutabilidade que, por sua vez, encontra fundamento e justificação na variação do interesse público e na necessidade de permanente atualização do contrato, inclusive e, em especial, das inovações tecnológicas que podem impactar a sua execução.

---

<sup>299</sup> Cf. TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. I. p. 209 e ss. MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 463 e ss. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 191.

<sup>300</sup> Marçal Justen Filho expõe que: “Lembre-se que a mutabilidade do instituto do contrato administrativo foi reconhecida a propósito especificamente das concessões, antes de se cogitar do tema quanto a outras manifestações contratuais da atividade administrativa. [...] Em segundo lugar, não seria exagero afirmar que a mutabilidade é uma circunstância anormal na vida dos contratos administrativos comuns, mas é da própria inerência da concessão. [...] Diversamente se passa com a concessão de serviço público, instituto vinculado indissociavelmente ao atendimento a necessidades coletivas essenciais. Esse vínculo inafastável entre a concessão de serviço público e a satisfação das necessidades coletivas essenciais conduz à necessidade de permanente adequação da atividade desenvolvida pelo concessionário à obtenção da melhor alternativa para realização dos interesses públicos. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 75 - 76).

<sup>301</sup> Conforme aduz Pedro Gonçalves: “Em geral, a atribuição desses poderes ao contraente público, constituindo uma marca distintiva do regime substantivo dos contratos administrativos, represente a resposta da lei a uma exigência de tutela de dois recortes ou dimensões do interesse público; por um lado, o *interesse de atualização do contrato*, que se consubstancia num regime que assegure a permanente adequação do contrato que vincula um Poder Público às exigências de cada momento; por outro, o *interesse em assegurar o cumprimento do contrato*, o qual reclama uma disciplina que garanta a possibilidade de uma reação oportuna e eficaz do contraente público em face do eventual incumprimento, ou ameaça de incumprimento, do contraente público.” (GONÇALVES, Pedro. Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2016. p. 524).

<sup>302</sup> Observam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que o limite do *jus variandi* se destina a estabelecer uma garantia concreta para o cocontraente privado. ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. Curso de Derecho Administrativo. 12. ed. Madrid: Thompson/Civitas, 2005. p. 745.

O interesse público, por natureza, não é rígido, estático ou mesmo inerte<sup>303</sup>. O interesse público se interliga e se entrelaça com a economia, com a política, com as finanças, com os avanços tecnológicos e com tudo mais que conforma o entorno fático do contrato. Conseqüentemente, reconhecer a mutabilidade e o dinamismo das alterações e modificações que podem e certamente surgirão durante a execução de um contrato que contenha um prazo longo é o primeiro passo para concebê-lo a partir das bases e dos parâmetros corretos, prevendo mecanismos que possam ajustá-los à realidade cambiante.

A interface dos contratos administrativos com o mundo exterior é também causa de instabilidade ao pacto original e às condições inicialmente ajustadas. Assim, especialmente nos contratos públicos duradouros, como são os concessionais, a mutabilidade se encontra igualmente atrelada à ocorrência de fatos novos, imprevisíveis e completamente estranhos à vontade das partes que impactam diretamente nas condições originalmente estabelecidas pelos contratantes.

A mutabilidade é um atributo inerente aos contratos de concessão e uma das notas características da sua essência. Pode-se aludir como duplo fundamento da mutabilidade<sup>304</sup>: a) a prossecução do interesse público, cuja técnica desenvolvida no Direito Administrativo para sua operacionalização foi o poder de alterar unilateralmente o contrato; b) a ocorrência de novos fatos econômicos, jurídicos, financeiros, políticos e técnicos que engendrem mudanças significativas em relação ao que foi pactuado originalmente.

Enquanto a mutabilidade é o atributo do contrato de concessão e verdadeiro signo que adere a esse como característica intrínseca à sua própria natureza, a mutação é a própria causa ou o evento que provoca a sua modificação e a necessidade de revisão ou adequação das bases originalmente pactuadas pelos contratantes. O contrato de concessão nasce com a mutabilidade aderida à sua essência, podendo, durante a sua execução, suceder várias e distintas espécies e tipos de mutações.

É possível definir a mutação como a mudança que impacta no contrato de concessão, podendo decorrer de variadas causas, assumir distintas roupagens jurídicas e provocar efeitos e conseqüências que não obedecem a critérios uniformes. A mutação é o próprio evento ou circunstância que opera concretamente a sua modificabilidade, não

---

<sup>303</sup> Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão: “O contrato administrativo tem uma mutabilidade a ele inerente decorrente das cláusulas exorbitantes em favor da Administração e do caráter dinâmico do interesse público que deve realizar”. ARAGÃO, Alexandre Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 341.

<sup>304</sup> Na mesma linha ver GOMES, Antonieta Rosa. Da mutabilidade dos contratos administrativos. São Paulo: Terceira Margem, 2013. p. 43.

sendo possível estabelecer uma sistematização exauriente e taxativa acerca de todas as causas capazes de alterar um contrato de concessão, como se pretende demonstrar mais adiante. O contrato de concessão é idiossincríatico por natureza.

Nos contratos de concessão se presume uma maior intensidade e ocorrência das mais variadas mutações: quanto maior for o prazo de duração do contrato, maiores serão as possibilidades de supervenientes modificações de cenários e realidades.

As próprias circunstâncias factuais que orbitavam a relação contratual no início da sua pactuação podem ser profundamente transformadas ao longo da sua execução, justificando que a mutabilidade nesses contratos seja examinada, a partir das suas características e peculiaridades.

### 3.2 O *ius variandi*

A origem da prerrogativa pública de alteração unilateral dos contratos administrativos (*ius variandi*) ou, na expressão francesa, *pouvoir de modification unilatérale* surgiu a partir da jurisprudência consolidada no Conselho de Estado. Contudo, mesmo na França, a doutrina divergiu acerca do alcance desse dever/poder de instabilizar o vínculo contratual<sup>305</sup>.

No Brasil, houve uma importação de alcance mais genérico do arcabouço teórico do *ius variandi* estruturado no Direito francês, com extensão indiscriminada para todos os contratos administrativos (o que se vê claramente refletido no artigo 58, inciso I, da Lei n.º 8.666/93), o que decorreu da circunstância da Teoria Geral do Contrato Administrativo ter sido elaborada a partir do entendimento da doutrina brasileira que fez intenso uso das fontes jurisprudenciais do Conselho de Estado e doutriniais do Direito francês<sup>306</sup>. Na prática, isso significa que todo e qualquer contrato qualificável como

---

<sup>305</sup> Fernando Vernalha Guimarães sintetiza a controvérsia que se colocou em França: “No processo de evolução dogmática do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos é possível agrupar algumas correntes expressivas que buscavam explicar a figura em dois grupos: (1) a tese afirmativa, que acatou a existência do *ius variandi* como um poder geral de modificação dos contratos administrativos – propugnada, entre outros, por Péquignot, Waline e Laubadère, estendendo-se, em sua essência, até os dias atuais; e (2) as teses restritivas de Gaston Jèze, L’Huillier e F.-P. Bénait – as quais, de uma forma ou de outra, buscaram limitar a incidência desse poder de modificação, nunca, entretanto, sepultando-o por completo”. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (Interpretação de Dispositivos da Lei n.º 8.666/93). São Paulo: Malheiros, 2003. p. 113.

<sup>306</sup> Conforme explica Celso Antônio Bandeira De Mello: “Foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do contrato administrativo, fortemente embasada nos arestos do Conselho de Estado. No Direito brasileiro os estudiosos se assentaram nos autores franceses. Como os administrativistas franceses pouco mais fazem – em sua maioria e já há muitos anos – senão sistematizar sua jurisprudência, os doutrinadores brasileiros, por vias indiretas, teorizam sobre a jurisprudência francesa na matéria.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 640).

administrativo será dotado desse poder de instabilização, ainda que, originariamente, o seu surgimento esteja diretamente relacionado às concessões de serviços públicos e à sua natural mutabilidade.

É curioso observar que, no sistema da *common law*, a possibilidade de modificação unilateral dos contratos públicos é igualmente admitida. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, esse poder instrumentaliza-se por meio das denominadas *change clauses*, que permitem adequações unilaterais no âmbito do próprio contrato celebrado por entes públicos<sup>307</sup>. Assim, ainda que a partir de perspectivas jurídicas e contextos históricos e sociais completamente distintos<sup>308</sup>, os contratos públicos dos sistemas da *civil law* e da *common law* convergem para a existência de poderes de modificação unilateral conferidos ao contraente público.

Também no campo dos contratos privados - conquanto não seja esse o foco da presente investigação - a mutabilidade, na vertente do exercício de poderes unilaterais por uma das partes, não se apresenta inteiramente estranha. Existem determinados objetos contratuais (mesmo que contextualizados em relações privadas) que, pela sua natureza (e

---

<sup>307</sup> Licínio Lopes Martins explica: “E, nesta matéria – a modificação dos contratos públicos – a doutrina norte americana comunga, em geral, da ideia de que o contrato administrativo dos EUA e o francês apresentam fortes semelhanças no âmbito da modificação unilateral dos contratos da Administração, isto porque a justificação substancial que lhe preside é essencialmente a mesma: o princípio da continuidade do serviço público”. (MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de Obras Públicas - O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Econômico-Financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 413). O referido autor cita extensa bibliografia do direito dos contratos públicos nos Estados Unidos da América. Ver, em especial, as notas de rodapé n.º 584 e 585, p. 406 e 407. No campo mais genérico das contratações públicas, a matéria é regulada no Federal Acquisition Regulation (FAR), em vigor desde 01.04.1984, fonte da maioria das normas aplicáveis aos contratos públicos. Especificamente, o tema da modificabilidade é disciplinado na parte 43, sob o título *Contract Modification*. Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/browsefar>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

<sup>308</sup> Sobre o tema, José Guilherme Giacomuzzi faz importante estudo de Direito Comparado sobre as raízes da exorbitância nos Estados dos Unidos da América, França e Brasil. Mesmo identificando várias semelhanças entre os regimes, o autor explica que são muitas as razões históricas e sociais que os distinguem. Giacomuzzi argumenta que, nos Estados Unidos da América, não se opera com a dicotomia direito público *versus* direito privado, ao contrário do que ocorre na França e no Brasil, que, nessa dicotomia, há um dos aspectos centrais no estudo dos contratos administrativos. Assim, os *lawyers* ao interpretar o fenômeno da exorbitância, partem da ideia unitária de contrato, no qual a igualdade das partes predomina, sendo estranha qualquer invocação de supremacia do interesse público, ao contrário do que ocorre com os juristas franceses e brasileiros que identificam no interesse geral uma predominância sobre os interesses privados. Sugere o autor, alicerçado nas lições de Joshua Schwartz (2005), que a exorbitância dos contratos públicos americanos decorreu das circunstâncias especiais causadas pela guerra, ao passo que, na França e no Brasil, a exorbitância é um fenômeno que permeia toda a estrutura do Direito Administrativo. Além disso, as concepções de Estado e indivíduo são profundamente distintas, prevalecendo, para franceses e brasileiros, o *ethos* coletivo, ao passo que, nos Estados Unidos, o indivíduo se encontra no centro do universo jurídico. Outra diferença contextual é que, na *common law*, prepondera uma forma de raciocínio, empírico e menos sistemático, voltada primordialmente para os fatos, ao passo que no Direito Continental prevalece a devoção por princípios abstratos e por uma sistematização do pensamento jurídico, sendo uma forma de estruturação cognitiva mais racionalista. GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato Supremaica do Interesse Público “versus” igualdade - Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 326 e ss.



não pela qualidade do interesse se público ou privado), comportam regimes mais flexíveis e com poderes com tonalidades unilaterais colocados à disposição de uma das partes<sup>309</sup>.

É o que ocorre, por exemplo, no Brasil, com relação ao contrato de empreitada disciplinado pelo Código Civil, que admite que o dono da obra introduza modificações no projeto, com proteção dos interesses econômicos do empreiteiro (artigos 619 e 620) admitindo, ainda, a possibilidade de suspensão unilateral da obra (artigos 623 e 625).

O que difere no tocante aos contratos públicos é que a mutabilidade operacionalizada via poderes unilaterais adere como uma característica própria e intrínseca a esses ajustes, independentemente da natureza do contrato, o que não ocorre com os contratos privados, quando essas prerrogativas não são estabelecidas como atributo genérico e abstrato, mas funcionalizadas ao atendimento de determinada peculiaridade em um tipo contratual específico<sup>310</sup>.

Volvendo ao *ius variandi*<sup>311</sup> e a partir de um exame mais descritivo e panorâmico, seria possível sintetizar a compreensão convencional com a apresentação das seguintes características, reiteradamente destacadas pela doutrina: a) situa-se na álea administrativa, porquanto se encontra no campo de competência do contraente público a decisão de alterar unilateralmente o contrato<sup>312</sup>; b) o exercício dessa prerrogativa está diretamente funcionalizado ao atendimento do interesse público, nele encontrando a sua

---

<sup>309</sup> Fernando Dias Menezes de Almeida sustenta que: “seja em face de interesses públicos, seja em face de interesses privados, um regime contratual que preveja determinados poderes de ação unilateral a uma das partes, levando ao que se pode chamar mutabilidade contratual, deve decorrer das circunstâncias que concretamente envolvem o objeto da prestação, mas não, a priori e em abstrato, da natureza pública ou privada dos interesses em questão.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 41). O referido autor dá, ainda, outros exemplos de mutabilidade nos contratos privados, em especial, nos contratos de comissão, mandato, transportes de pessoas e locação de imóveis urbanos.

<sup>310</sup> Maria João Estorninho argumenta que: “O que parece mais significativo nesta evolução é o facto de se ter abandonado definitivamente a ideia de que a introdução de modificações durante a execução do contrato administrativo seja, em si mesma, algo exorbitante em relação ao Direito Privado. Já lá vai o tempo em que este carácter dinâmico e flexível do contrato administrativo era considerado como sendo exclusivo e absolutamente impensável nos contratos jurídico-privados. Este problema das consequências da alteração das circunstâncias vigentes no momento da celebração do contrato foi discutido durante séculos entre os autores civilistas.” (ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo Contrato Administrativo. Coimbra: Almedina, 1990. p. 135-136).

<sup>311</sup> Para aprofundamento do tema no Brasil ver VERNALHA, Fernando. Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993. São Paulo: Malheiros, 2003. Para aprofundamento do tema em Portugal, ver FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena. O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (e as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício). Lisboa: AAFDL, 2007.

<sup>312</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 638 - 640. GARCÍA, Jorge Sarmiento. Concesión de Servicios Públicos. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 141 - 142. LABADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 15. ed. Paris: LGDJ, 1999. p. 121.

justificação e limitação<sup>313</sup>; c) é um poder público (*puissance public*) irrenunciável, e não uma faculdade posta à disposição do contraente público<sup>314</sup>; d) não decorre diretamente do contrato administrativo, sendo um “poder exterior ao contrato, ainda que incidente sobre ele”<sup>315</sup>; e) configura flexibilização ao princípio do *pacta sunt servanda*, que pode ser relativizado desde que presentes as razões de interesse público<sup>316</sup>; e) não é uma medida geral editada pelo contraente público, mas específica e voltada diretamente para modificar algum aspecto do contrato<sup>317</sup>; f) em razão de expressa determinação legal, não incide sobre as cláusulas econômicas do contrato, que sempre dependerão da aquiescência do cocontratante<sup>318</sup>; g) formaliza-se por meio de termo aditivo, mas o seu conteúdo é de ato administrativo em razão de se tratar de um poder unilateral, ainda que objeto de prévio procedimento depurador dos interesses<sup>319</sup>; h) não se configura em um poder absoluto e ilimitado, senão que conformado pelos princípios da concorrência e da intangibilidade do

<sup>313</sup> Cf. VERNALHA, Fernando. Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 132 - 136; OTERO, Paulo. Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1996/ano-56-vol-iii-dez-1996/doutrina/>>. Acesso em: 22 nov. 2017; DREYFUS, Contribution a uma Theorie Générale des Contrats entre Personnes Publiques. Paris: L’harmattan, 1997. p. 187.

<sup>314</sup> Para Maurice Hauriou o *pouvoir administratif ou puissance publique* é o elemento fundamental e determinante do regime administrativo, permitindo a utilização de prerrogativas exorbitantes que possam funcionalizar e dirigir a prestação dos serviços públicos, servindo de fundamento para outros poderes como o poder de polícia e a desapropriação. HAURIUO, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. Paris: Dalloz, 2002. p. 109. Sobre o tema, ver OTERO, Paulo. O Poder de Substituição em Direito Administrativo: Enquadramento Jurídico-Constitucional. Lisboa: Lex, 1995. p. 171. v. II. FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena de. O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela administração (e as garantias contenciosas do seu co-contratante perante este exercício). Lisboa: A.A.F.D.L., 2007. p. 231.

<sup>315</sup> Cf. ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2008. p. 733. v. I. e ss. PÉQUIGNOT, Georges. Théorie Générale du Contrat Administratif. Paris: Éditions A. Pédone, 1945, p. 369. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (Interpretação de Dispositivos da Lei n.º 8.666/93). São Paulo: Malheiros, 2003. p. 132. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Dialética, 2003. p. 319.

<sup>316</sup> Cf. VEDEL, Georges; DELVOVÉ, Pierre. Droit Administratif. 11. ed. Paris: Press Universitaire de France, 1990. p. 408. T. 1. GONÇALVES, Pedro. O contrato administrativo (uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo). Coimbra: Almedina, 2003. OLIVEIRA, Fernanda Paula. Noções Fundamentais de Direito Administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 233.

<sup>317</sup> SOUSA, Rui Pereira de. Contrato de concessão: perspectiva econômica, financeira e contabilística. Lisboa: Áreas, 2003. p. 68. AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2009 p. 625. v. II e ss.

<sup>318</sup> É o que prevê o artigo 58 da Lei n.º 8.666/3: “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: [...] §1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.”

<sup>319</sup> Cf. MARTINS, Ana Gouveira. A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 59-118. v. II. SILVA, Jorge Andrade da. Código dos contratos públicos comentado e anotado. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 156 e ss. WALINE, Marcel. Droit Administratif. 9. ed. Paris: Sirey, 1963. p. 625.

objeto<sup>320</sup>; i) a toda alteração unilateral do contrato corresponde o dever de ser restaurado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem o que nenhum particular acudiria celebrar pactos com contraentes públicos<sup>321</sup>.

No tocante à apreciação do *ius variandi*, notadamente nos aspectos voltados à dimensão da mutabilidade que interessam mais detidamente à presente investigação, cabe anotar que não há qualquer dúvida acerca da alocação desse risco. O nexo de causalidade entre a conduta e a responsabilidade é direto e cristalino. Em se tratando de uma ação administrativa voltada à adequação do interesse público, não paira qualquer controvérsia de que se trata de uma conduta inserida na álea administrativa e que, portanto, deve ser integralmente assumida pelo contraente público.

Fixadas as principais premissas que norteiam o exame do *ius variandi*, torna-se fundamental destacar alguns aspectos específicos que estão diretamente conectados à temática da mutabilidade na dimensão ora examinada, além da sua indubitável relevância prática no cotidiano dos contratos de concessão.

### 3.2.1 A reponderação do interesse público

Uma questão com elevada importância no contexto dos contratos públicos que se pressupõe identificar é se seria juridicamente viável o exercício da reponderação do interesse público pelo contraente público e de circunstâncias preexistentes mas que não se alteraram. O tema apresenta enorme relevância, pois, no Brasil, ao contrário do que ocorre em Portugal<sup>322</sup>, não há previsão expressa em lei a despertar dúvidas sobre a

<sup>320</sup> Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2009. . p. 154 - 155. T. III. VEDEL, Georges. Droit Administratif. Paris: Press Universitaire de France, 1992. AYALA, Bernardo Diniz de. O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de project finance. Revista de Contratos Públicos, Coimbra, n. 2, p. 55-85, ago. 2011.

<sup>321</sup> André De Laubadère exprime esse limite ao poder de modificação unilateral do contrato: “*D’une part, l’administration et son cocontractant ont conclu un certain contrat, ayant un certain objet: l’administration ne peut prétendre imposer une modification qui aboutir à dénaturer le contrat, à lui donner en fait un objet nouveau, différent de celui qui a été envisagé na la commune intention des partie; D’autre part, le cocontractant a conclu le contrat en considération de certaines conditions, notamment de ses possibilites techniques et financières. L’Administration ne peut prétendre imposer des modifications qui aboutiraient par leur importance à un bouleversement du contrat et de son économie générale*”. (LAUBADÈRE, André de. Traité des Contrats Administratifs. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1984. p. 406. T. 2). Entre tantos outros, ver, na doutrina francesa: RIVERO, Jean. Droit Administratif. 8. ed. Paris: Dalloz, 1977. p. 454 - 555. RICHER, Laurent. Droit des Contrats Administratifs. Paris: L.G.D.J., 1995., p. 198.

<sup>322</sup> Assim dispõe o artigo 312 do Código de Contratos Públicos, instituído pelo Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto: “Art. 312. O contrato pode ser modificado com os seguintes fundamentos: [...] b-) por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.” Pedro Gonçalves argumenta neste sentido: “Se o poder de modificação só pode ser exercido quando exista um

juridicidade de uma reavaliação discricionária sobre os mesmos fatos sem que tenha ocorrido superveniência na ambiência original da contratação.

Põe-se em causa saber se a extensão do *ius variandi* circunscreve-se, apenas, a fatos novos e imprevisíveis à época da celebração do contrato ou se, diante dos mesmos fatos, pode o contraente público reponderar o interesse público e promover a alteração unilateral do contrato de concessão. O ponto está diretamente ligado ao princípio do *pacta sunt servanda* e ao grau de flexibilização que se lhe possa ou deva imprimir a pretexto do atendimento do princípio da prossecução do interesse público.

Efetivamente, quando se examina a reponderação de circunstâncias existentes e mesmo dos interesses públicos sem nenhuma variação na moldura fática, mas, apenas, em razão da reavaliação dos aspectos discricionários, trata-se de uma situação de mérito administrativo e, portanto, de conveniência e oportunidade na modificação das bases originais do contrato de concessão. O problema reside, então, em identificar se existe limite para o exercício dessa competência discricionária.

Assim, é certo afirmar que, quando um contrato de concessão é celebrado, um conjunto de decisões políticas, técnicas, econômicas e financeiras foi, previamente, tomado no exercício das legítimas competências discricionárias dos agentes públicos para se alcançar a conformação do interesse público naquele determinado momento. O exercício dessa discricionariedade, própria da etapa que antecede a celebração do contrato de concessão, torna-se vinculante à medida que se contratualizam as recíprocas obrigações dos contratantes<sup>323</sup>.

Como demonstrado, o *ius variandi* permite que certas condições vocacionadas à execução do objeto sejam alteradas, mas a partir da demonstração de efetivas mudanças que tenham ocorrido nas circunstâncias que orbitavam a contratação. Parece extremamente complexo, diante de idêntica realidade fática (entre o momento da celebração do contrato e da implementação da alteração), conferir ao contraente público a prerrogativa de exercer competências discricionárias revisionais de natureza

---

interesse público real que o justifique, esse interesse não tem de ser determinado por circunstâncias ou factos supervenientes, podendo resultar antes de uma nova ponderação que a Administração concedente faz de circunstâncias já existentes no momento da celebração do contrato". GONÇALVES, Pedro. A concessão de serviços públicos. Coimbra: Almedina, 1999. p. 260 - 261. Na mesma linha, ver KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra editora, 2011, p. 433.

<sup>323</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 178.

unilateral<sup>324</sup> que já foram contratualizadas, outorgando-se aos agentes públicos uma visão retrospectiva excessivamente alargada.

Imagine, por exemplo, a avaliação de que melhor seria a utilização de tecnologia diversa da requerida no projeto, supondo que eram aceitáveis e disponíveis à época da licitação. Põe-se em discussão, de imediato, uma questão concorrencial, que seria a de que a exigência de outra tecnologia poderia modificar inteiramente o resultado do certame. Ademais, poderia ser excessivamente custoso ou desinteressante ao ângulo empresarial para o cocontratante executar o contrato com a nova tecnologia exigida unilateralmente pelo contraente público.

Estender a possibilidade de reponderação do interesse público a partir de uma visão unilateral do contraente público, significa uma desmedida flexibilização do princípio da *pacta sunt servanda*, incrementando as assimetrias e exorbitâncias próprias dos contratos de concessão muito além do indispensável. A prevalência desse entendimento pode gerar um indesejável aumento dos custos de transação, na medida em que o permissivo genérico de reponderação do interesse público pode ser precificado pelos operadores econômicos como um excessivo risco a ser assumido, ainda mais em se tratando de contratos de longa duração, que ultrapassam os mandatos dos agentes políticos eleitos e podem redundar em reavaliações estribadas em finalidades estranhas ao interesse público, patologia essa que, lamentavelmente, não é desconhecida da realidade brasileira.

Nada obsta que eventual reponderação do interesse público ou das circunstâncias existentes resulte em modificação do contrato, mas desde que seja bilateral e consensual<sup>325</sup>. Inexiste óbice para que os contratantes, de comum acordo, reavaliem as bases do contrato a partir de uma provocação do contraente público que resulte de uma nova valoração discricionária sobre decisões anteriormente tomadas. Entretanto, uma vez contratualizado o conjunto de recíprocos direitos e deveres pactuados à luz de determinada realidade, essa reponderação não pode ser unilateralmente imposta, senão que contar com a necessária aquiescência do cocontratante.

---

<sup>324</sup> Na doutrina francesa, esse é o entendimento de LAUBADÈRE, André de. Traité Théorique et pratique des contrats administratifs. Paris: LGDJ, 1956. p. 336. T. II. No mesmo sentido, ver GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (Interpretação de Dispositivos da Lei n.º 8.666/93). São Paulo: Malheiros, 2003. p. 169.

<sup>325</sup> Jacques Chevallier anota o consensualismo como uma tendência na contratualização: “A contratualização implica relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o acordo de vontades. Se, de um lado, ela pressupõe que seja levada em consideração a existência de autores autônomos (dos quais se deve obter a cooperação), de outro, ela passa por um processo de negociação visando a definir os contornos de uma ação comum.”. (CHEVALLIER, Jacques. A Governança e o Direito. Revista do Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n. 12, p.139, out./dez. 2005).

Independente do posicionamento que se adote, ou seja, do cabimento ou não do exercício do *ius variandi* na reponderação de interesses públicos a partir das circunstâncias que já eram conhecidas, supõe-se relevante o momento temporal de implementação da modificação.

Presumem-se dotadas de maior dose de legitimidade as alterações unilaterais mais distantes da época da celebração do contrato. Eventuais instabilizações do vínculo que se sucedam imediatamente após a pactuação do ajuste reclamam, em qualquer circunstância, maior ônus argumentativo do contraente público, dada não apenas a proximidade da realização da licitação, mas também da menor probabilidade de abruptas mutações da realidade adjacente ao contrato de concessão<sup>326</sup>.

### 3.2.2 A procedimentalização do *ius variandi*

As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado têm distintos modos de formar as suas respectivas vontades e, conseqüentemente, de celebrar os atos e contratos delas decorrentes.

Na esfera privada, as pessoas jurídicas são regidas pelo princípio da autonomia da vontade - princípio fundamental da ordem jurídica -, expressão da própria liberdade assegurada aos indivíduos. A formação da vontade e as decisões tomadas pelas pessoas jurídicas de direito privado se movem por escolhas densamente orientadas por valores de percepções subjetiva e voluntarista, visando ao melhor desempenho possível na promoção dos seus próprios interesses. O princípio da legalidade e os padrões éticos que regem o ordenamento jurídico atuam como limites de suas livres escolhas.

As pessoas jurídicas de direito público não têm o mesmo grau de subjetividade e voluntarismo na formação da vontade<sup>327</sup>. Na esfera pública, não se tem como escopo absoluto a autonomia da vontade a conferir uma discricionariedade sem limites para o gestor. Devem satisfazer a princípios próprios que expressam valores, como os constitucionalmente expressos: atuar conforme a lei (legalidade), fazer opções imparciais

---

<sup>326</sup> Nesse sentido, ver DEKEL, Omer. Modification of a government contract awarded following a competitive procedure. Public Contract Law Journal, Washington, n. 38, p. 208 -209, p. 421, abr, 2009.

<sup>327</sup> Na lição de José Carlos Vieira de Andrade: “É que a decisão administrativa nunca pode ser avaliada enquanto escolha livre, mais ou menos arbitrária, como se fosse manifestação de uma autonomia de vontade semelhante à que o ordenamento jurídico reconhece, por princípio, aos indivíduos e entidades privadas. Ao invés, as decisões administrativas são sempre escolhas condicionadas e subordinadas, seja porque é ao nível político que se definem os interesses públicos que a Administração há-de prosseguir, seja porque esta fica obrigada à realização desses fins.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. O dever de fundamentação expressa de actos administrativos. Coimbra: Almedina, 2007. p. 37).

(impessoalidade), não desvirtuar o dever de prosseguir os fins de atendimento ao interesse público (finalidade), assegurar a visibilidade a todos os seus atos (transparência) e ouvir previamente todas as partes envolvidas em processo que lhe seja assegurado o direito de defesa (ampla defesa e contraditório).

Esses condicionamentos valorativos e axiológicos, expressos nos princípios constitucionais, limitam e restringem as escolhas públicas e a própria definição da vontade da Administração Pública em cada situação concreta. O método do Direito Administrativo contemporâneo para perquirir a vontade da Administração Pública nas mais distintas situações concretas, ponderando e observando os princípios constitucionais que a condicionam, é o do procedimento administrativo<sup>328</sup>.

Atualmente, a doutrina contemporânea<sup>329</sup> aponta que o ato administrativo não mais prevalece como o modo de relacionamento determinante com o administrado, cedendo espaço para o processo administrativo, que possibilita uma decisão pública mais dialógica e democrática. Nesse contexto, o processo administrativo exsurge como o instrumento necessário para a satisfação das desdobradas espécies de interesses públicos, garantindo, concomitantemente, os princípios e valores estruturantes do Estado Democrático de Direito. É da conduta processualizada da Administração Pública, com a oitiva de todos os interessados, da justa e devida motivação da opção eleita pelo contraente público, que se extrai a sua vontade no caso concreto, que recebe, subsequentemente, a sua exteriorização por meio de um ato administrativo unilateral ou bilateral.

Essa contextualização é relevante para demonstrar que, no campo dos contratos administrativos - e aqui com enfoque nos contratos de concessão - a circunstância de

---

<sup>328</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva ensina: “Trata-se, pois, de uma nova perspectiva do procedimento, enquanto “técnica de diluição do poder e método de coordenação de organizações” (Nigro). Uma vez que é nele (e através dele) que as autoridades administrativas e os particulares manifestam os seus interesses – desse modo conformando a actuação administrativa –, daqui resulta que “a importância do procedimento revela-se não no seu resultado final, mas na instrução que o substancia. O seu centro encontra-se na participação privada, nos nexos que venham a estabelecer entre os vários poderes públicos e entre estes e os privados, na imersão dos factos e dos interesses, na instrução complexa que, verificando os factos, apreciando os dados técnicos, permite a intensificação, a valoração, a comparação dos interesses e a definição do ‘interesse público’” (Nigro).” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 1996, p. 305).

<sup>329</sup> Cf. CASSESSE, Sabino. Las Bases Del Derecho Administrativo. Madrid: INAP, 1994. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1996; BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. NIGRO, Mario. Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel Bilancio di Dieci Anni di Giurisprudenza. In: ALLEGRETTI, Umberto; ORSO BATTAGLINI, Andrea; SORACE, Domenico. Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel Bilancio di um Decennio di Giurisprudenza. Rimini: Maggioli, 1987. PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I – Parte General. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 226.

tratar-se de ato administrativo de natureza unilateral não afasta a incidência de uma procedimentalização adequada que seja capaz de: a) depurar o interesse público suscitado e aprimorar os padrões de eficiência da escolha administrativa; b) viabilizar a prévia participação do cocontratante, a fim de que exercite o seu direito de manifestação, contribuindo para a melhor satisfação de ambos os interesses, naquilo que se convencionou denominar de mutabilidade dialógica; c) permitir a participação de terceiros que integrem a complexa rede de interdependência dos contratos de concessão e cujos interesses possam ser afetados pela modificação, naquilo que se convencionou denominar de mutabilidade multilateral; d) resultar em uma motivação de fato e de direito que seja legítima e transparente, que aprecie de forma fundamentada todos os argumentos suscitados pelos diversos interessados e que obtenha sucesso em explicitar o interesse público que dá sustentáculo à ação administrativa.

Portanto, ainda que a exteriorização final da modificação do contrato seja unilateral, a formação da vontade e a própria depuração dos interesses resultam de um “*procedimento organizativo e dinâmico*”<sup>330</sup>, despidendo-se das vestes próprias de um ato administrativo hermético, fechado e inflexível. Mesmo a circunstância do *ius variandi* não decorrer diretamente das cláusulas do contrato, mas de um poder extroverso, o que não pode significar que a regulação do contrato de concessão se descure dessa relevantíssima forma de modificação do objeto, deixando de disciplinar os seus aspectos substanciais e procedimentais.

Como exposto no Capítulo 2, essa dimensão procedimental, dialógica e multilateral não se circunscreve apenas ao *ius variandi*, mas alcança todas as distintas formas de mutabilidade e modificação dos contratos de concessão. Não há razão que justifique confinar essas percepções contemporâneas a apenas uma das formas admitidas de modificação dos contratos de concessão.

Hélène Hoepffner (2009)<sup>331</sup> alude a uma espécie de cláusula de adaptação procedimental que imporia uma obrigação de meio para a implementação da modificação do contrato. Pode-se aduzir que as cláusulas com natureza procedimental devem estipular, por exemplo, as condições formais para a operacionalização da mutabilidade, tais como

---

<sup>330</sup> Expressão utilizada por Fernando Vernalha Guimarães, que qualifica a procedimentalização como um dos aspectos mais relevantes na moderna concepção do *ius variandi*. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (Interpretação de Dispositivos da Lei n.º 8.666/93). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 143.

<sup>331</sup> Nas palavras da autora: “Ces clauses procédurales son d’une autre nature que les clauses substantielles: ele ne stipulent pas une obligation de résultat mais une obligation de moyens: eles se bornent à envisager de manière générale les principes et les finalités de leur mise en oeuvre”. (HOEPFFNER, Hélène. La modification du contrat administratif. Paris: LGDJ, 2009. p. 41-42; 339 e ss; 351).



prazos, formas e meios de manifestação e comunicação dos contratantes, publicidade das decisões e demais atos procedimentais conformadores da vontade das partes e assecuratórios dos seus direitos.

A doutrina brasileira, trilhando o mesmo caminho, aponta a procedimentalização das regras de modificação dos contratos<sup>332</sup> como necessária para a maior segurança jurídica do arranjo. Trata-se, a bem da verdade, de conferir previsibilidade à modificação dos contratos de concessão. A procedimentalização da mutabilidade deve promover uma metodologia que densifique, em cláusulas contratuais, princípios como os da boa-fé, da motivação, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade, da confiança legítima, da proporcionalidade e da segurança jurídica.

Diante da impossibilidade de antever eventos, circunstâncias e acontecimentos do porvir, pode a regulação do contrato de concessão ocupar-se de operacionalizar os aspectos procedimentais de modificação dos contratos. O “como” vai mudar deve ocupar um papel de centralidade na regulação do contrato de concessão, porquanto, apesar da incorporação de uma racionalidade endocontratual da mutabilidade, evidentemente, não será possível aos contratantes antecipar todos os aspectos substanciais que poderão ensejar futuras modificações.

A regulação do contrato de concessão que se ocupe adequadamente da procedimentalização da mutabilidade cria uma ambiência atrativa para os potenciais licitantes e de segurança jurídica para o futuro cocontratante. Com a conformação procedimental da mutabilidade em cláusulas contratuais bem-elaboradas, criam-se condições favoráveis para o estabelecimento de uma relação que, já sendo prolongada no tempo, deve ser indutora de confiança e de comportamentos incentivadores da boa-fé e da colaboração recíproca, no contexto relacional referido no Capítulo 2.

Até porque, como mencionado, existe uma lacuna normativa no Brasil que não estabeleceu nem o *iter* e muito menos os *standards* procedimentais conformadores da modificação dos contratos de concessão, o que revela que o tema ainda não foi percebido com a importância que deve ostentar no universo dos contratos públicos duradouros.

Um exemplo permite compreender a relevância de um contrato e de uma cláusula bem-estruturada. Quando se trata de alteração unilateral do contrato, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser, a teor do disposto no artigo 9º, §4º, da Lei

---

<sup>332</sup> Cf. PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 176-178. VERNALHA, Fernando. Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei n.º 8.666/93. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 205. MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68 - 69.

n.º 8.987/95, concomitante. Ainda que o legislador não tenha sido expresso a esse respeito, poder-se-ia extrair da própria essência das noções de equilíbrio e, por que não, de equidade e justiça, que o aspecto temporal do reequilíbrio é crucial para resguardar, não apenas os interesses do cocontratante, mas, também, para assegurar a própria estabilidade do contrato.

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

Assim, cabe à regulação do contrato de concessão estabelecer, amalgamada à alteração unilateral do contrato, os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, explicitando objetivamente os modos e meios de assegurar os direitos do cocontratante, que, ao fim e ao cabo, são assecuratórios da própria estabilidade do contrato.

Em outros termos, uma cláusula contratual que discipline sobre o *ius variandi*, sem regular os aspectos inerentes ao reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, revela-se excessivamente assimétrica, abrindo espaços para o exercício de abuso de discricionariedade sobre a definição do meio a ser adotado para reequilibrar o contrato e, até mesmo, com riscos de postergação da concomitância assegurada em lei<sup>333</sup>.

Contratos não devem limitar-se a reproduzir o que diz a lei. No caso tomado como exemplo, o direito legislado assegura a concomitância do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato quando exercitado o *ius variandi*. À regulação do contrato de concessão cabe dotar esse direito de efetividade, com a definição dos modos para torná-lo eficaz, assegurando, assim, as legítimas expectativas criadas quando da formação do vínculo contratual.

---

<sup>333</sup> Esse entendimento acerca da concomitância do equilíbrio econômico-financeiro ainda não está inteiramente assentado na jurisprudência brasileira, que ainda promove interpretações incrementais das assimetrias e exorbitâncias a pretexto de proteção do interesse público. Veja-se, nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu o seguinte: “Na relação administrativa de natureza contratual, prevalece a interpretação adotada pela Administração Pública. Trata-se do que a doutrina chama de ‘prerrogativa de decisão unilateral executória’, a revelar a subordinação de quem contrata com o Poder Público. [...] O Poder Público pode a qualquer tempo impor essas alterações sempre que for conveniente à prestação do serviço concedido. Não há ato jurídico perfeito (no sentido de que sua execução possa ser exigida judicialmente) quando se trata de concessão de serviço público, restando ao concessionário que se julga prejudicado cobrar do poder concedente eventual reparação econômica dos prejuízos e, quem sabe, de eventuais lucros cessantes. Prevalência da Lei n.º 12.783/2013 sobre o contrato de concessão celebrado pelas partes”. Superior Tribunal de Justiça, MS 20432/DF, Relator Min. ARI PARGENDLER, julgado em 24.06.15, com acórdão publicado em 15.02.16.

Ademais, a procedimentalização da mutabilidade e, mormente do *ius variandi*, pode ser relevantíssima para evitar uma disfuncional utilização das prerrogativas unilaterais de alteração dos contratos administrativos a partir de genéricas invocações dos interesses públicos<sup>334</sup>. Isso ocorre mesmo nos contratos de concessão que, historicamente, constituem-se na sua sede por excelência, seja porque os seus objetos envolvem a prestação de serviços públicos ou mesmo a delegação de infraestruturas que atendem diretamente aos interesses da coletividade, seja porque são pactos de longa duração, com maior possibilidade de variação do interesse público do que ocorre com os contratos de curto prazo<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> Mesmo não sendo esse o ponto central desta investigação, cabe o registro de que, atualmente, essa é uma temática bastante discutida no Brasil, ou seja, a ausência de equidade nas relações contratuais públicas e o uso abusivo do exercício das cláusulas exorbitantes, sempre a pretexto do atendimento de interesses públicos genéricos. Quando esse abuso ocorre na prática contratual, a consequência é o aumento dos custos de transação. Sobre o tema, manifestam-se Marçal Justen Filho e Rafael Schwind: “As inovações consagradas no regime das PPP não eliminaram, no entanto, uma questão central no tocante ao direito dos contratos administrativos. Trata-se da assimetria jurídica no relacionamento entre os “parceiros”. A mera adoção de uma terminologia muito significativa é insuficiente para produzir alterações radicais no mundo real. É muito comum que o ‘parceiro público’ continue a conceber o relacionamento com o ‘parceiro privado’ como um vínculo de supremacia. As partes não se identificam como ‘parceiros’, precisamente porque se mantém a tradicional concepção das prerrogativas extraordinárias. O sucesso do modelo das PPP somente poderá ser atingido quando se reconhecer que o relacionamento entre as partes pública e privada é norteado por princípios de igualdade e de comunhão. Isso demanda a eliminação da desigualdade do regime jurídico assegurado a cada qual deles. Mais do que isso, a observância da boa-fé e da confiança recíproca são essenciais para o atingimento dos resultados buscados por meio dessas contratações.” (JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.) Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 40-41). Diogo de Figueiredo Moreira Neto propõe uma modulação das cláusulas exorbitantes: “Embora, em princípio, seja até razoável padronizarem-se algumas cautelas, não será naquilo em que se negue à Administração a possibilidade de avaliar casuisticamente a conveniência e a oportunidade de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações ditas exorbitantes.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 557. Mesmo na França essa temática da exorbitância conta com análises críticas, que argumentam que a igualdade e a equidade deveriam ser o norte também dos contratos administrativos. Ver sobre o ponto PLESSIX, Benoît. L’Utilisation du Droit Civil dans l’Élaboration du Droit Administratif. Paris: Panthéon-Assas, 2003. p. 719. Em Portugal, essa é a tese sustentada por Maria João Estorninho, quando afirma que “o regime jurídico do contrato administrativo é, em si mesmo, compatível com o Direito Contratual comum; aliás, isto tem sido progressivamente admitido pelos próprios defensores do contrato administrativo, à medida que os administrativistas foram perdendo o “complexo de exorbitâncias” em relação ao Direito Privado”. ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo Contrato Administrativo. Coimbra: Almedina, 1990. p. 183. Na Argentina, a questão das cláusulas exorbitantes também é objeto de discussão. Nas palavras de Juan Gustavo Corvalán: “É dizer, o novo paradigma não admite a existência das prerrogativas pelo mero fato de que sejam apresentadas como ferramentas válidas para concretizar o interesse público a serviço da Administração Pública. Isso é uma condição necessária, mas não suficiente, sob uma perspectiva sistêmica protetora de direitos fundamentais. Já não se presume *iuris tantum* que o Estado requeira uma série de prerrogativas *ab initio*. Ademais, devem se configurar um *plus* de exigências prévias e posteriores em relação à sua existência, implementação e funcionamento.” (CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do “regime de Direito Administrativo” - A propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, Ano 13, n. 51, p. 69 - 70, jan./mar. 2013).

<sup>335</sup> Para Omer Dekel é necessário distinguir os contratos essenciais (*essential contract*) dos contratos não essenciais (*non essential contract*), aduzindo que os primeiros estão mais fortemente sujeitos a alterações

Discute-se, hoje, sobre os elevados custos de transação que esse poder de instabilização representa na exata medida em que essa prerrogativa poderá ser utilizada com algum abuso ou, ainda, com invocações genéricas de públicos interesses<sup>336</sup>, com baixa densidade motivacional e argumentativa. Claro que esse cálculo está diretamente conectado, no plano macro, ao ambiente de negócios de cada país e da sua prática contratual. O elemento confiança e reputação no cumprimento dos compromissos pelo contraente público é determinante para eventual precificação do risco de um mau uso do *ius variandi*.

O ponto central é que a procedimentalização da mutabilidade pode ser um antídoto para coibir abusos ou arbitrariedades sob o indevido manto do interesse público porquanto: a) depura os interesses em jogo; b) transparece os argumentos e justificativas de todos os interessados; c) condiciona o exercício da modificabilidade a uma densa motivação e robusta motivação, facilitando o controle administrativo ou mesmo jurisdicional *a posteriori*.

### 3.3 A Teoria da Imprevisão

Seguramente, a problemática do desequilíbrio econômico-financeiro superveniente dos contratos administrativos - aqui, com especial enfoque nos contratos de concessão -, decorrente de circunstâncias que não poderiam ser originalmente previstas, é um dos temas mais desafiadores e tormentosos no campo da mutabilidade.

Situa-se no contexto de uma questão com dimensão universal, que contrapõe a estabilidade e a segurança jurídica que se espera alcançar com a contratualização recíproca de direitos e obrigações em vínculos duradouros e a inexorável realidade do

---

unilaterais em razão das suas finalidades públicas, que, caso não atingidas, poderão repercutir em graves consequências para a Administração Pública e para a própria coletividade. DEKEL, Omer. Modification of a government contract awarded following a competitive procedure. Public Contract Law Journal, Washington, n. 38, p. 208 - 409, abr. 2009. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/25755714>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

<sup>336</sup> Questionando sobre a existência de um princípio absoluto da supremacia do interesse público sobre o interesse privado no Direito brasileiro, ver ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 21. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 355. BINEMBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma do Direito Administrativo. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 01, n. 02, p. 27-63, jan. 2005. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11615/9099>>. Acesso em: 12 dez. 2017. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 97.

mundo dos fatos, capaz de alterar drasticamente as bases que orientaram a celebração do negócio, provocando, assim, severos desequilíbrios na economia original do contrato de concessão.

Ainda que encontre distintas respostas e formulações de acordo com cada ordenamento jurídico e com as teorias que amparam a sua estruturação, essa é uma problemática comum aos contratos públicos e privados, notadamente aqueles cuja execução se prolonga no tempo e que, por essa razão, sujeitam-se com maior intensidade às vicissitudes da realidade.

Para preservar o princípio da comutatividade dos contratos, determinante do equilíbrio das prestações bilaterais e para manter-se a justiça contratual e a equidade na relação estabelecida, surgiram diversas teorias<sup>337</sup> que se alicerçam em razões jurídicas distintas, mas que, na essência, convergem para a mesma conclusão: o legítimo direito à revisão dos contratos quando ocorrem mudanças imprevisíveis e extraordinárias que geram, igualmente, consequências onerosas e extremadas para um dos contratantes. Não se trata de desprestígio àquilo que foi consensualmente contratado, mas da necessária construção de arcabouços jurídicos que não ignorem o império avassalador do imponderável mundo dos fatos.

Assim como acontece com os contratos privados, os contratos administrativos são dotados de força obrigatória (*pacta sunt servanda*) e devem ser cumpridos como forma de expressar a boa-fé das partes e a própria segurança nas relações jurídicas. A força obrigatória dos contratos assegura que aquilo que foi pactuado se torna lei entre as partes (*lex inter partes*), por conseguinte, criando-se vínculos compromissórios no tocante aos direitos e deveres reciprocamente assumidos. O princípio do *pacta sunt servanda* é um

---

<sup>337</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, alicerçado nas lições de Anísio José de Oliveira aborda as inúmeras teorias que buscaram reconhecer a revisibilidade dos contratos pela mudança inesperada das circunstâncias: “Tão numerosos foram os fundamentos aduzidos ou privilegiados pelas concepções dos diversos teóricos do Direito a fim de lastrear dita revisibilidade que, entre nós, Anísio José de Oliveira encontrou campo para, em interessante esforço de arrolamento e sistematização, colecionar e ordenar as orientações encontradas, agrupando-as em teorias intrínsecas e extrínsecas. Dentre as primeiras apartou, de um lado, as embasadas (a) na vontade, e, de outro, (b) na prestação. Indicou como compreendidas nas teorias arrimadas na vontade: (1) a teoria da pressuposição (Windscheid); (2) a teoria da vontade marginal (Osti); (3) a teoria da base do negócio (Oertmann); (4) a teoria do erro (Giovène); (5) a teoria da situação extraordinária (Bruzin); e (6) a teoria do dever de esforço (Hartmann). Apontou como estribas no exame da prestação: (1) a teoria do estado de necessidade (Lemann e Coviello); e (2) a teoria do equilíbrio das prestações (Giorgio e Lenel). Já as teorias extrínsecas compreenderiam aquelas cujo fundamento reside: (1) na Moral (Ripert e Voirin); (2) na boa-fé (Wendt e Klenke); (3) na extensibilidade do fortuito (jurisprudências alemã, inglesa e francesa); (4) na socialização do Direito (BadenesGasset); e (5) na equidade e na justiça (Arnoldo Medeiros da Fonseca)”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Grandes temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 203).

verdadeiro cânone do Direito Contratual, orientado a buscar o fiel respeito quanto ao que as partes se obrigaram a realizar.

Trata-se de um princípio central que orienta a Teoria Geral dos Contratos e, por conseguinte, expande-se para todos os ramos do Direito (como Civil, Internacional, Administrativo, Comercial, dentre outras áreas)<sup>338</sup>. Sem essa ideia nuclear, os contratos seriam meros repositórios de intenções programáticas, despidos de efetividade e incapazes de promover a realização das promessas a que se propõem. A estabilidade contratual é, portanto, um princípio geral de Direito, com incidência, também, nos contratos administrativos<sup>339</sup>.

Conquanto sua relevância para o universo dos contratos, existem alguns temperamentos que flexibilizam essa regra, sobretudo, quando se está diante de contratos duradouros, fortemente mais sujeitos às supervenientes mudanças do contexto factual que balizava o contrato por ocasião da sua celebração.

Desde os primórdios, tomou-se consciência que a eventual impossibilidade de cumprir as obrigações contratuais poderia não se configurar um ilícito, quando não mais presentes as circunstâncias factuais à época da formação da vontade que justificou a celebração do pacto. A percepção é a de que a fidelidade ao pacto não pode ser cega e literal, porquanto a superveniência de abruptas mutações nas circunstâncias fáticas, econômicas e sociais pode causar desequilíbrios desproporcionais na relação inicialmente estabelecida. É a conhecida cláusula *rebus sic stantibus*<sup>340</sup>, que autorizava a extinção do

---

<sup>338</sup> Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 20. v. III e ss. BINDER, Christina. *The Limits of Pacta Sunt Servanda in Internation Law*. Munique: Max Planck Institute. Disponível em: <<http://www.mpil.de/files/pdf3/beitr2452.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2017. PILLAY, Miranda Mayuri. *The impact of pacta sunt servanda in the law of contract*. Disponível em: <[https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/53181/Pillay\\_Impact\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/53181/Pillay_Impact_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 11 dez. 2017. p. 14.

<sup>339</sup> Marcelo Rebelo de Sousa esclarece: “Os contratos administrativos, também eles, obedecem ao princípio da força vinculativa, inclusive à sua componente de estabilidade contratual e, fora as situações excepcionais em que ela pode ser afastada pelas partes, pela lei ou por decisão jurisdicional, qualquer conduta que se choque com o princípio e sua componente é geradora de responsabilidade contratual.” (SOUZA, Marcelo Rebelo. *O concurso público na formação do contrato administrativo*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994. p. 54).

<sup>340</sup> Por todos, veja-se a lição de Anderson Schreiber: “A origem comum de todas as teorias modernas situa-se, declaradamente, na cláusula *rebus sic stantibus*, do direito medieval. A expressão – já denominada um nome ‘*latinamente brutto ma concettualmente energico*’ – provem da abreviação do brocado latino segundo o qual *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, exprimindo, em essência, a ideia de um condicionamento implícito dos vínculos consensuais duradouros à persistência do estado de fato existente ao tempo do pacto.” [...] Sua origem precisa afigura-se, todavia, incerta, havendo autores que a situam nas fontes canônicas em particular na consolidação de leis formuladas entre os anos de 1140 e 1142 por Graciano, monge e professor da Escola de Bolonha - os conhecidos *Decretum Gratiani*, também denominados *Concordia discordantium canonum* - enquanto outros estudiosos atribuem a autoria aos pós-glosadores, como Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) e Baldo de Ubaldis (1327-1400).” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 136).

próprio vínculo quando substancialmente alteradas as condições que circundavam as partes quando da tomada de decisão de contratar, cuja formulação tomou corpo na Idade Média<sup>341</sup>, não obstante existam autores que identifiquem a sua origem em Roma, a partir de referências feitas por Sêneca e Cícero<sup>342</sup>.

A racionalidade que embasa a cláusula *rebus sic stantibus* é a de que a permanência e a manutenção estrita do vínculo contratual subordinam-se à continuação das condições existentes ao tempo de sua formação, de modo que, modificado tal ambiente por circunstâncias supervenientes e imprevisíveis, o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser flexibilizado, admitindo, assim, a própria extinção do pacto<sup>343</sup>.

Todavia é interessante notar que, entre a intensa aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* durante a Idade Média e a sua retomada no início do século XX, deu-se um enorme hiato decorrente da prevalência quase que absoluta do primado da autonomia da vontade e da própria sacralidade dos contratos, tornando a *pacta sunt servanda* uma regra de ouro dotada de inflexibilidade<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira: “Com efeito, se o Direito Romano não transigia com os conceitos tradicionais, os juristas da Idade Média, atentando em que nos contratos de execução diferida o ambiente no momento da execução pode ser diverso do que existia no da celebração, sustentaram, acreditando-se fundados em um texto de NERATIUS, em torno da aplicação da *condictio causa data causa non secuta*, que o contrato devia ser cumprido no pressuposto de que se conservassem imutáveis as condições externas, mas que, se houvesse alterações, a execução devia ser igualmente modificada: “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”. A teoria tornou-se conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*, e consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 138. v. III).

<sup>342</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 102 e SIDOU, José Maria Othon. *Resolução Judicial dos Contratos (Cláusula Rebus Sic Stantibus) e Contratos de Adesão no Direito Vigente e no Projeto de Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 03.

<sup>343</sup> Na lição de Caio Mário da Silva Pereira: “Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 165. v. III).

<sup>344</sup> Conforme explica José Cretella Júnior: “A denominada cláusula *rebus sic stantibus*, prestigiada pelos canonistas da Idade Média, adotada, logo depois, pelos bartolistas e pelas doutrinas italiana e alemã, até o século XVIII, bem como por alguns autores franceses do século XVII e XVIII, desapareceu em França, no século XX, ante a imposição da autonomia da vontade, da regra *pacta sunt servanda*, para surgir, vitoriosa, sob as vestes da teoria da imprevisão, em plena efervescência da Primeira Guerra Mundial de 1914 a 1918.” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 373. No mesmo sentido, ver SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 138).

A reintrodução dessa antiga discussão na temática do Direito Contratual retomou com enorme força na Europa durante a Primeira Guerra Mundial, em razão da dificuldade no cumprimento dos contratos celebrados antes da eclosão do conflito, o que demandou uma construção jurisprudencial que considerasse a drástica mudança no cenário econômico daquele período.

Há certo consenso doutrinário no sentido de que o julgado pioneiro na matéria se deu na França, por ocasião do *arrêt Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux*, de 30.03.1916<sup>345</sup>, no qual se examinou o impacto da elevação do preço do carvão na concessão do serviço público de iluminação da cidade de Bordeaux, ocasionando a revisão do contrato por determinação do Conselho de Estado em razão da onerosidade excessiva e imprevisibilidade. Era o início da construção da *imprévision* e do direito do cocontratante a uma indenização (*indemnité d'imprévision*)<sup>346</sup>.

A relativização do *pacta sunt servanda* e da imutabilidade das condições contratuais inicialmente ajustadas, reintroduzida pelos franceses premidos pelas condições excepcionais impostas pela guerra, não deixa de ser uma retomada evolutiva da ideia central da cláusula *rebus sic stantibus* de que a equidade e a justiça não seriam alcançadas se, diante da abrupta mudança das circunstâncias que nortearam as condições originais que formaram o vínculo contratual, as obrigações fossem rigidamente mantidas, ignorando a nova realidade factual.

O ponto evolutivo encontra-se exatamente na possibilidade de revisão do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro, preferível à resolução do contrato. Curiosamente, foi no Direito Administrativo e no universo dos contratos públicos que a teoria da imprevisão encontrou campo mais fecundo para a sua aplicação, o que se explica pela própria noção de mutabilidade, que sempre esteve entranhada à compreensão dos contratos administrativos em razão da necessidade de adequação do interesse público e da própria continuidade do serviço público<sup>347</sup>. É natural que, com fundamento nessas

---

<sup>345</sup> Por todos, veja-se a referência feita por Jacqueline Morand-Deville: “*Création du Conseil d'État, née de l'arrêt célèbre du 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bourdeaux, la théorie de l'imprévision produit ses effets lorsque, em raison de circonstances extérieures aux parties (différence avec le fait du prince) et non prévisibles, le contrat connaît un tel bouleversement que son exécution est mise en péril mais n'est cependant pas rendue impossible (différence avec la force majeure)*”. (DEVILLER, Jacqueline Moran. *Cours de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 425 - 426).

<sup>346</sup> Entre outros, ver, na doutrina francesa, sobre a teoria da imprevisão: CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 1211 - 1215. T. 1. DEVILLER, Jacqueline Moran. *Cours de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 423 - 428. GUETTIER, Christophe. *Droit des Contrats Administratifs*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1991. p. 422 - 437.

<sup>347</sup> Nas palavras de Caio Tácito: “O princípio da estabilidade financeira dos contratos administrativos completa-se, no direito francês, por meio da teoria da imprevisão, que serve de garantia contra a álea econômica que venha a perturbar, de modo intolerável e inesperado, as obrigações contratuais. [...] O



premissas, venha prevalecer, na órbita pública, preferência pela solução que implique a modificação do contrato em vez da sua resolução, incidindo o princípio da conservação dos negócios jurídicos ou, na conhecida denominação italiana, o princípio do *favor negotti ou favor contractus*.<sup>348</sup>

Para alguns autores<sup>349</sup>, a teoria da imprevisão seria uma leitura moderna da cláusula *rebus sic stantibus*, visto que essa apenas autorizaria a extinção do contrato, ao passo que aquela admite a possibilidade de alteração do contrato com vistas à sua manutenção e preservação<sup>350</sup>. Com a Teoria da Imprevisão, percebeu-se que poderia ser menos oneroso prosseguir com o contrato - ainda que em novas bases - do que o extinguir. Sob tal ótica, o objetivo é minimizar os efeitos de um contrato que teve o suporte fático vigorosamente alterado em relação às condições iniciais do ajuste.

Nos contratos administrativos, em especial, naqueles vocacionados a atender diretamente às demandas da sociedade (como os contratos de concessão), há um interesse maior a ser preservado com a manutenção e a estabilidade do pacto, a saber, o atendimento da própria finalidade pública que justificou a contratação. Quando é o cocontratante que se encontra em posição de desequilíbrio - situação mais recorrente -

---

princípio da continuidade do serviço público impõe ao concessionário o dever de prosseguir na exploração, mesmo se for ruínoza. À administração incumbe, correlatamente, partilhar das cargas extracontratuais, restaurando a economia abalada e a eficácia da execução do contrato.” (TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 208). Na mesma linha, pondera José Guilherme Giacomuzzi: “A mesma dicotomia – e está é a segunda observação comparativa – serve de ponto de partida para explicar a principal razão pela qual a *imprévision* se desenvolveu mais no direito administrativo francês: a de que ela serve às necessidades do serviço público, tendo a autonomia privada menor relevância.” (GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato. Supremacia do Interesse Público versus igualdade. Um estudo comparativo sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 283).

<sup>348</sup> Como referência ao princípio da preservação dos contratos no campo do Direito Público, ver MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 421 e ss.

<sup>349</sup> Conforme leciona Arnoldo Wald: “A cláusula *rebus sic stantibus* renovada no direito moderno sob o nome de teoria da imprevisão tem assim importância como conceito amortecedor, ou seja, com ideia força que limita a autonomia da vontade no interesse da comutatividade dos contratos, ou seja, com a finalidade de assegurar a equivalência das prestações das partes quando, por motivo imprevisto, uma delas se tornou excessivamente onerosa. [...] A teoria da imprevisão não extingue a autonomia da vontade; consiste numa interpretação construtiva do conteúdo desta vontade. À lei e ao juiz cabe a função de garantir os direitos individuais dentro dos limites a que podem ser exercidos no interesse superior da sociedade. E a teoria da imprevisão realiza a superior conciliação do interesse individual e da necessidade social, da justiça e da segurança, que são as finalidades precípuas do direito.” (WALD, Arnoldo. Curso de Direito civil. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 212).

<sup>350</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de externar esse caráter evolutivo: “No Brasil, doutrina e jurisprudência admitem, embora com cautela principalmente por parte desta, o princípio que vem da antiga cláusula “*rebus sic stantibus*” e que modernamente se apresenta em modalidades como a da “teoria da imprevisão” ou a da “oneriosidade excessiva”, afastando-se, quando ocorrem seus requisitos, a imutabilidade do pactuado nos contratos comutativos de trato sucessivo, para admitir sua resolução ou, às vezes, sua revisão”. STF - Pet: 1665 MG, Relator: Min. Moreira Alves, Data de Julgamento: 15/02/1999, Data de Publicação: 24/02/99.

preservar o contrato não é apenas uma imposição que decorre da valoração axiológica dos conceitos de justiça e equidade, mas uma medida assecuratória do interesse público tutelado na relação contratual.

Aliás, uma solução que não acolhesse o núcleo da imprevisão, impor a cocontratante o dever de arcar com os efeitos negativos de todo e qualquer evento que perturbasse a economia original do contrato, o que elevaria profundamente os custos de transação, logo, afastando potenciais interessados em se relacionar contratualmente com os entes públicos ou tornando os valores extremamente elevados em razão da internalização deste exorbitante e incalculável risco. A teoria da imprevisão é, portanto, um alicerce que se conecta diretamente à noção de equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, eis que se revela instrumental e garantidora da comutatividade e equidade nas relações contratuais públicas<sup>351</sup>.

Esse núcleo central da Teoria da Imprevisão se consolidou na França e em diversos outros países, ainda que com variações e nomenclaturas diferentes. Em Portugal, encontra-se retratada como alteração das circunstâncias<sup>352</sup>, ao passo que, no Brasil, adotou-se, inspirado no Direito francês, a nomenclatura conhecida como Teoria da Imprevisão, com aplicabilidade nos contratos privados e nos contratos públicos<sup>353</sup>,

---

<sup>351</sup> Para Marçal Justen Filho: “Durante a execução dos contratos, em especial aqueles de longa duração, podem ocorrer alterações econômicas imprevisíveis, tornando inviável ao particular executar o contrato nas condições originalmente previstas. Executar a prestação nos exatos termos inicialmente previstos acarretaria a sua ruína. Veja-se que a execução é materialmente possível, mas seria economicamente desastrosa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 385).

<sup>352</sup> Sobre o tema, ver LEITÃO, Alexandra. O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais. Disponível em: <[https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt.\\_das\\_circ.\\_contratuais-2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

<sup>353</sup> Exprime bem esse acolhimento da teoria da imprevisão no Direito brasileiro o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Fundada, historicamente, na concepção romana da cláusula rebus sic stantibus (presunção de que as coisas devem permanecer tal como em sua origem), o corretivo da onerosidade sobrevinda se fundamenta, como causa da revisão das cláusulas financeiras do contrato, na denominada teoria da imprevisão. Domina, em suma, a teoria do contrato administrativo, a concepção dinâmica de um equivalente econômico, presente em seu nascimento e a ser conservado em sua execução para que não se tornem substancialmente desiguais os direitos dos contratantes.” Superior Tribunal de Justiça, RESP 821.008/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ 02/10/2006.

conforme expressamente previsto, respectivamente, nos artigos 478 e 479 do Código Civil<sup>354</sup> e no artigo 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93<sup>355</sup>.

Os Tribunais Superiores acolhem pacificamente essa orientação quando o fato for imprevisível, ou previsível, mas com consequências incalculáveis, exógeno à vontade das partes e que tenha causado onerosidade excessiva a uma das partes<sup>356</sup>. O mesmo ocorre com a jurisprudência administrativa do Tribunal de Contas da União<sup>357</sup>. No plano da doutrina administrativista, também, não há qualquer dúvida quanto ao acolhimento da Teoria da Imprevisão nos contratos públicos<sup>358</sup>.

<sup>354</sup> Assim dispõe os referidos dispositivos: “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.” O artigo 317 do Código Civil brasileiro também é, recorrentemente, invocado quando se trata desta temática: “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

<sup>355</sup> Dispõe o artigo 65 da Lei 8.666/93: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém, de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

<sup>356</sup> O Supremo Tribunal Federal admitia a aplicação da teoria da imprevisão a contratos administrativos já em 1968, conforme se verifica no RE 64.152/GB, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ 23/08/68 e no RE 64.231/SP, Rel. Min. Aducto Cardoso, DJ 26/09/69. Ato contínuo, o Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer a aplicação desta teoria, conforme se depreende dos seguintes julgados: RESP 120.113/MG – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14.08.2000 p. 14; RESP 216.018/DF, Rel. Min. Fraciulli Neto, DJ 10/09/2001, p. 370; RESP 361.694/RS, Rel. Min. Nancy Andriighi, DJ 25/03/2002, p. 281; RESP 431.121/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 07/10/02, p. 200; RESP 1.283.757/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 27/09/2013; RESP 1.248.237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 18/09/2014.

<sup>357</sup> Confirma os seguintes julgados: Acórdão n.º 64/1993. Relator: Fernando Gonçalves. Data da sessão: 14/07/1993; Acórdão n.º 763/1994. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva. Data da sessão: 13/12/1994; Acórdão n.º 464/200. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão: 07/06/2000; Acórdão n.º 474/2000. Relator: Benjamin Zymler. Data da sessão: 08/05/2002. Acórdão n.º 1.268/2008. Relator: Raimundo Correio. Data da sessão: 02/07/2008. Acórdão n.º 7.249/2016. Relator: Ana Arraes. Data da sessão: 14/06/2016.

<sup>358</sup> Cf JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.018; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 236; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 292; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 665; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 60; CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 371; GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 673; FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 376 – 377; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 410 - 411. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 19. ed., 2015. p. 274. PEREIRA JUNIOR, Jessé torres. Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 718.

No que diz respeito ao aspecto temporal, o objetivo primacial da incidência da teoria da imprevisão é a modificabilidade do contrato de concessão para a sua preservação. Por isso que eventual pleito de reequilíbrio formulado perante o órgão regulador ou mesmo resolução do conflito pela via arbitral ou judicial, deve ser formalizado pela parte interessada durante o período no qual o contrato estiver em vigor.

Pedidos de reequilíbrio visam reequacionar as bases do contrato, não sendo razoável que pleitos dessa natureza sejam deduzidos após a extinção do pacto. Terminado o contrato, pode-se até cogitar eventual indenização com outro fundamento, mas nunca com base no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois é consectário lógico e natural que reequilíbrios estejam vinculados à existência de um vínculo contratual.

Até porque se a Teoria da Imprevisão implica excessiva onerosidade para a execução do contrato, com acréscimo de custos alegadamente insuportáveis para o cocontratante, mas, ainda assim, o objeto é executado na sua integralidade, o pleito de reequilíbrio, findo o contrato, carece de razoabilidade. Trata-se de entendimento com razoável aceitação na doutrina dos contratos privados<sup>359</sup>, mas com idêntica aplicabilidade aos contratos públicos e, em especial, aos contratos de concessão.

Expostos em linhas gerais os contornos conceituais da teoria da imprevisão e, evidentemente, reconhecendo que se trata de temática bastante vasta e abrangente, é preciso correlacionar alguns aspectos mais relevantes que se conectam diretamente com os núcleos centrais desta tese.

### 3.3.1 A aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão

Desde logo, firme-se o posicionamento de que o artigo 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93, a despeito da sua errática e confusa redação, é inteiramente aplicável aos

---

<sup>359</sup> Conforme leciona Arnold Wald: “Assim é que o próprio Código prevê duas alternativas à parte afetada, que somente são viáveis durante a vigência contratual. Ou seja, se a revisão judicial – ou arbitral, se houver cláusula compromissória – do contrato não for pleiteada durante a execução contratual descabe falar-se em revisão de cláusulas e/ou obrigações pactuadas [...] A premissa básica e ao mesmo tempo indispensável do presente estudo e que embasará todas as considerações subsequentes é a de que a Comec formulou o pedido de recomposição de preços, por onerosidade excessiva do contrato, após a conclusão e entrega da obra contratada e, portanto, após a extinção contratual, fato este por ela própria reconhecido; Ocorre, porém, que a revisão e, por conseguinte, o reequilíbrio, só pode ter lugar durante a vigência contratual, tal como salientado anteriormente.” (WALD, Arnoldo. Pedido de recomposição de preços formulado em virtude de subempregada após a extinção do contrato. Revista Brasileira de Direito Comercial, Belo Horizonte, Ano I, n. 3, p. 9, fev./mar. 2015). Na mesma linha, argumenta Caio Mário Pereira da Silva: “O contratante prejudicado ingressará em juízo no curso de produção dos efeitos do contrato, pois que se este já estiver executado não tem mais cabimento qualquer intervenção”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 146).

contratos de concessão, ainda que com particularidades que, no estudo em tela, são adiante exploradas, a atrair a aplicabilidade da teoria da imprevisão. Seria um arrematado absurdo afastar a teoria da imprevisão exatamente daqueles contratos públicos que se protraem no tempo e que, forçosamente, sujeitam-se com maior intensidade às mudanças no seu contexto factual, apresentando potencial de abalar as bases originais daquilo que consensualmente as partes pactuaram.

Posto isso, não obstante o *nomen juris* adotado - inspirado que foi no Direito francês -, fato é que a teoria verdadeiramente não reflete o próprio *locus* legislativo adotado no Direito brasileiro. Mesmo uma interpretação mais apegada à literalidade da norma impediria chegar à conclusão de que a imprevisibilidade se constitui em um requisito autônomo para a aplicação da teoria da imprevisão.

Ao utilizar a expressão “fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis”, admitiu o legislador expressamente que mesmo os fatos previsíveis, desde que os seus resultados sejam imponderáveis, permitirão que as partes promovam a revisão das condições originais do contrato.

Fatos previsíveis significam eventos que foram (ou deveriam ter sido) alocados como riscos no contrato de concessão, ainda que as partes não pudessem antever a extensão das suas consequências. O fato era previsível e cognoscível; a sua consequência, não. Correlacionando com a temática de riscos alinhavada no Capítulo 2, é possível aduzir que “fatos previsíveis de consequências incalculáveis” podem ser enquadrados como riscos, ao passo que “fatos imprevisíveis” podem ser categorizados como incertezas.

Ainda que pareça contraditório, sustenta-se, nesta tese, que a teoria da imprevisão não tem a imprevisibilidade como um requisito indispensável para a sua aplicação, o que permite avançar na constatação de que o dever de reequilibrar o contrato - quando o pressuposto for a incidência da teoria da imprevisão - também existirá quando o fato desenhar-se como previsível, mas a sua consequência e a sua extensão para as partes ou apenas para uma delas não possam ser calculadas na sua inteireza. A aplicação da Teoria da Imprevisão não é, portanto, estranha à alocação de riscos contratualmente pactuada, como se evidencia avante neste estudo.

Nos limites deste trabalho, o ponto mais relevante, no que se refere à incidência da teoria da imprevisão nos contratos de concessão, consiste em identificar como será reequilibrado o contrato e qual parte será responsável por suportar o ônus excessivo causado pelo evento que as partes não podiam prever, seja no que diz respeito à sua ocorrência, seja no tocante à sua consequência ou extensão.

Apesar de não estar expressamente prevista em lei e mesmo diante de manifestações doutrinárias em sentido contrário<sup>360</sup>, a interpretação que tem prevalecido para os contratos administrativos, em geral, é a de que os riscos decorrentes dos eventos referidos no artigo 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93, devam ser assumidos pelo contraente público, sendo essa, inclusive, a praxis contratual em ambiência pública<sup>361</sup>.

Não se abona essa linha de interpretação. Mesmo nos contratos administrativos que não se enquadram como concessionais (que, como visto, tem outra racionalidade sobre o tema) não se supõe equitativo imputar todo o ônus indenizatório ao contraente público.

Três razões permitem chegar a essa conclusão.

A primeira razão é que a incidência da teoria da imprevisão está diretamente relacionada à ocorrência de um fato externo, mas que não foi provocado por nenhuma das partes, como, por exemplo, são os eventos que se situam na álea econômica extraordinária e que são inteiramente estranhos à vontade das partes, cujo exemplo clássico é a mudança do cenário econômico ocasionada por uma grave crise. Na perspectiva de um juízo de equidade, seria injusto impor exclusivamente apenas a uma das partes o ônus integral de um acontecimento que, sendo exógeno ao arranjo contratual, não decorreu da ação ou omissão do contraente público ou mesmo do cocontratante.

A segunda razão é que essa assunção integral do risco decorrente da superveniente imprevisão poderia impor um ônus excessivo à coletividade. É que recaindo o dever de indenizar ou de reequilibrar o contrato apenas ao contraente público, as consequências poderiam ser, direta ou indiretamente, prejudiciais aos usuários ou a toda a sociedade.

Imagine-se, por exemplo, o advento de uma crise econômica que perturbasse o equilíbrio econômico-financeiro original e do qual a solução de reequilíbrio se circunscrevesse apenas à elevação da tarifa. Em última análise, todo o risco da imprevisão recairia sobre os usuários do serviço público, parecendo desproporcional e anti-isonômico imunizar o cocontratante dos efeitos de um evento que atinge a todos (indivíduos, sociedades empresárias, instituições sem fins lucrativos, entes públicos, usuários de

---

<sup>360</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1001 e ss. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: Fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 117 e ss.

<sup>361</sup> Cf. STJ - AResp 987.705/SP. Relator: Mauro Campbell Marques. Data da Publicação: 01/12/2016; STJ - Resp 827.445/SP Relator: Luiz Fux. Data da Publicação: 08/03/2010; STJ - Resp 821.008/MG. Relator: José Delgado. Data da Publicação: 02/10/2006.

serviço público, dentre outros setores), indistintamente, ainda que com variações de impacto e intensidade.

O que deve ser preservado, a partir de uma perspectiva relacional e alicerçada na boa-fé e no dever de cooperação mútuo, é uma solução equitativa e que não cria injustificáveis privilégios para o cocontratante.

A terceira razão é que não há, nem mesmo remotamente, sinalização legislativa de que os riscos decorrentes da aplicação da teoria da imprevisão ou mesmo das demais cate deveriam ser exclusivamente suportados pelo contraente público.

O artigo 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93 é meramente descritivo de fenômenos externos causadores de mutações nos contratos administrativos, mas não impositivo de uma assunção exclusiva de riscos por parte do contraente público. Essa foi uma convicção que se arraigou na doutrina e na *práxis* administrativa, mas que não encontra fundamento jurídico consistente na letra da lei, que não trata de riscos e muito menos de alocação desse risco exclusivamente para o contraente público<sup>362</sup>.

No caso dos contratos de concessão, a essas razões se soma mais uma que é a circunstância da alocação de riscos integrar a própria essência destes pactos, existindo uma inegável “margem de normatividade contratual” para as partes disciplinarem sobre a partilha dos impactos de eventos que se apresentem com características de imprevisibilidade ou de previsibilidade de consequências incalculáveis e provocadores de onerosidade excessiva.

Especificamente no caso dos contratos de concessão regidos pela Lei n.º 11.079/04, designadamente as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, o artigo 5º, inciso III, é expresso ao referir que o contrato deverá prever cláusula sobre “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. (BRASIL, 2004)

Note-se que o legislador não definiu como esses riscos serão alocados nem sequer estabeleceu critérios para as partes fazê-lo. Existe uma liberdade de conformação para que a regulação dos contratos de concessão estabeleça, racional e objetivamente, como

---

<sup>362</sup> Conforme bem-expõe Maurício Portugal Ribeiro: “[...] é preciso lembrar que o próprio art. 65 da Lei 8.666/93 estabelece que os mencionados riscos são do Poder Concedente apenas nos casos que sua ocorrência configure ‘álea extraordinária e extracontratual’. Isso significa que só incide a alocação de riscos prevista no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/93 se o contrato não prever alocação diferente desses riscos. Ou seja, se há previsão explícita no contrato de concessão da alocação ao parceiro privado de ocorrências que se enquadram nas categorias previstas no art. 65, inciso II, alínea d, há que se entender que prevalece a alocação prevista no contrato.” (RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 84)

lidar com a superveniência de eventos que se enquadrem na álea econômica e extraordinária.

Sustenta-se, nesta tese, portanto, que eventos que não decorram diretamente de ações estatais e sejam estranhos à vontade das partes não devem ser alocados exclusivamente ao contraente público, criando uma situação de imunização desproporcional para o cocontratante, o que, à luz de um juízo de equidade<sup>363</sup>, não parece justificar-se, principalmente, quando se sabe que a sociedade, ou mesmo os usuários, arcarão exclusivamente com o ônus do evento superveniente.

Desse modo, voltando a um dos aspectos centrais que orientam esta tese, existe uma zona evolutiva para que a regulação dos contratos de concessão avance em critérios e delimitação de responsabilidades na alocação de riscos, mesmo naquelas situações fáticas que se enquadrem na álea econômica e extraordinária, tal qual sinalizou o próprio legislador.

Ainda que não seja exaurível em relação às consequências e à extensão de tais eventos, ou inviável antecipar de modo vinculativo e definitivo, no contrato de concessão, o método de reequilibrar o contrato e como se operará o acerto equitativo entre os contratantes, a simples previsão, no contrato, de que esses riscos serão partilhados, e não alocados exclusivamente ao contraente público, pode significar um avanço.

O detalhamento da solução da imprevisão (seja na ocorrência do fato, seja nas consequências do fato previsível), talvez, afeioe-se melhor a um arranjo pós-contratual. No sentido do que foi exposto no Capítulo 2, o tratamento da imprevisão pode ser mais racional a partir de uma gestão negativa dos riscos, isso é, sem alocar *ex ante* responsabilidades absolutas, porquanto soluções contratuais preconcebidas, que não levem em consideração a natureza da imprevisão e o seu impacto nas consequências assumidas por cada um dos contratantes, podem não se revelar eficientes para atender aos seus respectivos interesses e, principalmente, para a concretização do interesse público.

Existem espaços de incompletude deliberada na regulação do contrato de concessão que podem delegar às partes maior liberdade para conceber uma solução consensual *ex post* que seja mais eficiente, racional e equitativa. A Teoria da Imprevisão é um espaço fértil para que se promova uma gestão negativa dos riscos, com a proposital

---

<sup>363</sup> Conforme já teve a oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça: “A teoria da imprevisão (rebus sic stantibus), que se contrapõe à do pacta sunt servanda, tem por fundamento o princípio da equidade. A revisão do contrato justifica-se para restabelecer o equilíbrio econômico existente quando da sua formação; não pode culminar exclusivamente na transferência do prejuízo de um para o outro contraente.” STJ - REsp: 369744 SC 2001/0127597-7, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Data de Julgamento: 15/04/2003, Quarta Turma, Data de Publicação: 04/08/2003.



e deliberada conformação de lacuna contratual em razão da impossibilidade das partes identificarem previamente a causa do desequilíbrio, a sua extensão, bem como as medidas cabíveis e adequadas para promover o seu reequilíbrio.

De qualquer modo, o processamento do reequilíbrio deve ser, primeiramente, objeto de negociação entre as partes, com vistas a ajustar eventual alteração bilateral e consensual pertinente à recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão, ensejando a formalização de um termo aditivo para ratificação das novas condições ajustadas<sup>364</sup>.

Uma última observação se faz necessária no tocante à conexão dos temas expostos nesta tese e que estão ligados ao núcleo central da mutabilidade. Bem vistas as coisas, é curioso como são aproximadas a Teoria dos Contratos Incompletos, examinada no Capítulo 2, e a Teoria da Imprevisão e como ambas estão conectadas com o desafio universal de conciliar segurança jurídica e mutabilidade concebida na sua dimensão mais ampliada.

Ainda que partindo de fundamentos teóricos distintos e de investigações dogmáticas orientadas por conceitos econômicos e jurídicos (contratos incompletos), ora apenas por conceitos jurídicos (teoria da imprevisão), ao fim e ao cabo, ambas as teorias partem do reconhecimento pragmático de que nem tudo é passível de ser diagnosticado com precisão cirúrgica nos contratos, lidando, cada uma ao seu modo e com as suas particularidades, com o desafio de preservar o pacto e a estabilidade maculada pela imposição de novas realidades que venham a alterar as bases e os pressupostos originais daquilo que foi em precedência clausulado.

Logicamente, o tema da imprevisão não se esgota aqui, porquanto se conecta a outras questões, abordadas nesta tese, como a distinção conceitual para o fato do príncipe e a própria investigação dos contornos conceituais do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, temas examinados mais à frente.

---

<sup>364</sup> Confira-se, a propósito, a orientação do Tribunal de Contas da União: “Para essas situações derivadas de áleas extraordinárias, a própria legislação de contratos já prevê os remédios jurídicos adequados à justa recomposição do equilíbrio contratual que possa ser afetado por esses eventos. Assim, durante a execução da avença, é perfeitamente possível a superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução da obra, ou, ainda, decorrentes de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, a configurar álea econômica extraordinária e extracontratual. Nessas situações, o art. 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei 8.666/1993 faculta aos contratantes a possibilidade de estabelecerem negociações aptas a demonstrar a necessidade do restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro da avença que, uma vez concretizado, ensejará a celebração de termo aditivo contratual.” Acórdão n.º 2901/2015. Relator: Augusto Sherman. Plenário. Data da sessão: 11/11/2015.

### 3.3.2 A imprevisão na previsão

Um tema importante a investigar e que guarda direta conexão com a mutabilidade dos contratos de concessão é a avaliação do impacto que eventual alteração das circunstâncias e dos pressupostos que levaram as partes a contratar possa causar na matriz de risco.

Põe-se em causa identificar se é cabível a aplicação da teoria da imprevisão mesmo quando os riscos foram contratualmente partilhados nos contratos de concessão. A indagação central a ser formulada é a seguinte: devem as partes suportar integralmente as consequências dos riscos contratualmente assumidos quando se tornam extraordinariamente custosos em razão da abrupta mudança do cenário, como ocorre, principalmente, com o advento de grandes crises econômicas?

As condições macroeconômicas de um país representam um dos principais pilares na atração de investimentos e na confiabilidade do ambiente de negócios. Os mercados monetário, de crédito, de capitais e o cambial compõem um conjunto determinante para a atração de recursos privados em contratos públicos, principalmente, no setor de infraestrutura. Questões como metas de inflação, taxa de juros, valor nominal da moeda e estabilidade monetária são fundamentais na atração de recursos privados para negócios públicos. Essa conjuntura é decisiva para atrair, em maior ou menor intensidade, o setor privado, em especial, para o setor de infraestrutura.

Egon Bockmann Moreira (2010)<sup>365</sup>, amparado nas lições de Karl Larenz, pondera que os contratos de concessão são celebrados a partir de determinada conjuntura,

---

<sup>365</sup> “Conforme já mencionado, as condições do contrato remetem às circunstâncias institucionais nas quais ele foi celebrado. O estado de coisas que permitiu a elaboração e a concretização daquele específico projeto concessionário (interesse público primário e a sua densificação por meio de leis, debates públicos, regulamentos, edital e contrato; metas a serem atingidas; qualificação e cooperação das partes; fluxos de receitas e custos; taxas de rentabilidade; alocação de riscos etc.). Isto diz respeito à boa-fé dos participantes, bem como à base objetiva do negócio – aqui compreendida como a definiu Larenz: “o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência é devidamente pressuposta no contrato – sabendo ou não os contratantes –, porque, se assim não for, não se poderia alcançar a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes, e a subsistência do contrato não teria ‘sentido, fim ou objeto’”. O que se defende é a compreensão do contrato de concessão como um negócio jurídico celebrado em determinado contexto histórico (e, assim, como não poderia deixar de ser, circunscrito à sua própria historicidade objetiva), impondo-se a respectiva adaptação às alterações supervenientes, anormais e imprevisíveis, relativas à sua base objetiva. Não se pretende que o intérprete se imiscua na “vontade” das partes e respectiva subjetividade da avença (a averiguar eventuais vícios da vontade), mas, sim, na base objetiva que veio a dar efetividade ao projeto do concessionário. O que não significa descartar eventos outrora qualificados de imprevisíveis, de força maior etc. – estes têm abrigo nas condições do contrato (mas não só estes) e na relação jurídica dele oriunda. O horizonte ora defendido é mais extenso e complexo.” (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 403-404)

sobretudo, econômica, que motiva as partes a alinharem seus interesses e pactuarem reciprocamente direitos e obrigações.

Entretanto, não é nenhuma raridade - principalmente em países em desenvolvimento, mais propensos a instabilidades econômicas - que os contratos de concessão sejam celebrados no contexto de um cenário macroeconômico dotado de maior estabilidade e, durante sua execução, ocorra um desequilíbrio agudo na economia do país, desse modo, impactando profundamente as bases objetivas do contrato, acarretando onerosidade excessiva para uma das partes, em grau suficiente para provocar abalos extraordinários nos riscos contratualmente assumidos e vergar o equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido.

Mesmo arranjos complexos, como são os contratos de concessão, guardam uma relação de equivalência e equilíbrio dinâmico que deve ser preservada e mantida ao longo da duradoura relação, fundada, principalmente, no comportamento recíproco de boa-fé que deve pautar as condutas dos parceiros, com a finalidade de manter a estabilidade contratual, objetivo em comum que une solidariamente os interesses do contraente público e do cocontratante.

Quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive, a própria matriz de risco) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, tem-se a quebra da base objetiva do negócio e o legítimo direito dos contratantes em promoverem a revisão do pacto.

Supor que as partes devem manter tudo como está, mesmo diante de uma aguda transformação das circunstâncias econômicas exógenas ao contrato, em grau suficiente para desequilibrar financeiramente a relação e gerar iniquidades e injustiças gravosas para um dos contratantes, é ignorar a boa-fé como pressuposto das públicas relações contratuais.

Ainda que o desequilíbrio recaia essencialmente em custos assumidos por uma das partes, parece singela a solução simplista de que se tratava de risco contratualmente previsto, afastando-se, por completo, a racionalidade da teoria da imprevisão. A nota que caracteriza e tipifica a alocação contratual de riscos é a sua previsibilidade. A antecipação de qual parte vai assumir o risco é, diga-se de passagem, extremamente benéfica para ambos os contratantes e eis que, além de reduzir incertezas, comumente, reflete-se na própria formação do preço ofertado na licitação.

No entanto, a contratualização dos riscos não é suficiente para solucionar integralmente as complexas questões que podem impactar os contratos de concessão. A sua previsibilidade não é absoluta e capaz de antever todas as situações e, principalmente, todas as consequências que podem advir para uma das partes.

Em outras palavras: o risco era previsível, a justificar a sua alocação contratual. Mas o imprevisível era o resultado extremado dos eventos em cenários econômicos drasticamente alterados. Tem-se, então, a imprevisão na previsão.

A crise econômica (álea extracontratual) impacta diretamente a matriz de risco, não necessariamente para justificar a modificação na sua alocação ou distribuição original, mas para motivar uma revisão do contrato que possa restabelecer a justiça comutativa maculada pela inesperada alteração da exógena conjuntura macroeconômica do país.

Compreender a alocação de riscos a partir de uma visão absoluta, definitiva, exauriente, estática, hermética, mecânica e literal significa tratar os contratos de concessão a partir de uma perspectiva reducionista e, sem qualquer exagero, com a singeleza que não integra a sua intrínseca substância.

Esses contratos duradouros são dotados de lacunas e de uma plasticidade aberta, porquanto estão permanentemente sujeitos à ocorrência de variáveis supervenientes que, simplesmente, não podem ser previstas ou mesmo calculadas<sup>366</sup>. O planejamento racional e adequado na modelagem das concessões e, principalmente, uma alocação de riscos objetiva e eficiente são determinantes para o êxito de um contrato de concessão, mas não são suficientes para esgotar as infindáveis questões que podem se suceder durante a sua execução<sup>367</sup>.

Certos riscos, ainda que corretamente alocados, podem ter as suas consequências extremadas por circunstâncias imprevisíveis, a ponto de abalar a economia original do contrato e colocar em perigo a sua eficiente execução. Nesse sentido, a sutileza da distinção é relevante para a compreensão do que ora se afirma.

Quando as ocorrências fáticas - contratualmente partilhadas - se desenvolvem em cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis, gerando uma elevação extraordinária dos custos e onerando excessivamente uma das partes, a interpretação que

---

<sup>366</sup> Como já foi colocado em GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 53-83, mar./ago. 2014.

<sup>367</sup> Sobre a impossibilidade do planejamento, por mais rigoroso que seja, controlar e evitar todos os riscos ver GUNTHER, Robert E. *The Truth About Making smart Decisions*. Nova Jersey: FT Press, 2008.

privilegie o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto é a que melhor se coaduna com a concretização do interesse público e com a justiça contratual.

Não seria crível supor que a matriz de risco pudesse antever consequências dos riscos assumidos, mormente, quando diante de abruptas mudanças de cenários e dos pressupostos basilares que orientaram a formação da vontade negocial das partes. Além disso, cada risco (econômico, tecnológico, financeiro, político, social, regulatório, ambiental ou administrativo) apresenta características e feições próprias e singulares, conectando-se com ramos e domínios da ciência e do mundo dos fatos totalmente distintos.

As potencialidades da sua ocorrência, isoladamente ou em conjunto, a interdependência e o nexo de causalidade que pode existir entre eles tornam rigorosamente inviável qualquer pretensão de exaurir, em toda a sua plenitude, as dimensões, as variáveis e, principalmente, as suas consequências quando se está diante de uma moldura econômica absolutamente diversa daquela que circundava a estruturação da concessão.

A alocação contratual de riscos resolve muitos, mas não todos os problemas dos contratos de concessão, sendo rigorosamente impossível calcular, de antemão, a extensão de todos os efeitos dos riscos e as suas consequências para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A adoção de soluções literais e de atalhos jurídicos poderia levar à seguinte e equivocada premissa: se os riscos foram contratualmente alocados a uma das partes, caber-lhe-á, portanto, suportar todas as consequências e os efeitos que possam advir da sua ocorrência (independente da sua extensão), sendo desimportante considerar uma abrupta mudança da conjuntura econômica que avolumaria desproporcionalmente os seus custos, por conseguinte, impactando diretamente em todos os componentes que integram o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Essa linha de raciocínio, porém, promove a leitura isolada da matriz de risco e desconectada da estrutura sistêmica do contrato de concessão, das suas finalidades primaciais e do impacto que as condições externas - em especial as macroeconômicas - podem produzir na conformação econômico-financeira contratualmente estabelecida.

Bem vistas as coisas, importa observar que a hipótese ora cogitada (grave crise econômica) não envolve uma simples perturbação externa quanto a determinado contrato de concessão, que tenha tornado a sua execução apenas transitoriamente mais onerosa ou que tenha implicado na redução da lucratividade esperada do cocontratante. Essas

circunstâncias são normais e devem ser suportadas pelo cocontratante na forma dos riscos contratualmente assumidos. Não pode o cocontratante ignorar que, nos contratos de concessão, a sua remuneração não é certa ou determinada, mas sujeita a flutuações e a variações que colocam sua eficiência na gestão do negócio e o próprio risco na exploração do objeto como elementos intrínsecos à própria substância do regime contratual.

O que se examina mais detidamente são aquelas situações que, em decorrência da abrupta mudança do cenário econômico, provocam um abalo profundo, imprevisível e agudo na estrutura de custos do cocontratante, potencializando os seus encargos de uma maneira que desequilibra desproporcionalmente a economia original do contrato.

O aspecto central da formulação do raciocínio que ora se estrutura é o seguinte: uma vez demonstrada e comprovada que a conjuntura macroeconômica foi drasticamente alterada<sup>368</sup> e que produziu consequências excessivamente onerosas para uma das partes, mesmo diante da matriz de risco contratualmente pactuada, será cabível a revisão extraordinária do contrato e a aplicação da teoria da imprevisão para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro abalado.

A matriz de risco não é uma redoma impenetrável pelos acontecimentos externos, mormente, quando as consequências dos riscos assumidos pelos contratantes se tornam excessivamente gravosas e modificam drasticamente as condições contextuais da época da contratação e as circunstâncias fundamentais que determinaram a vontade negocial das partes. Não se trata de fazer tábula rasa do mosaico contratual da alocação de riscos ou mesmo flexibilizar excessivamente a sua aplicação (até porque esse é um dos eixos centrais desta tese), mas apenas reconhecer que as consequências assumidas pelos contratantes podem ultrapassar o limite tolerável e razoável em situações extremadas, sobretudo, aquelas que envolvem profundas alterações da ambiência econômica.

---

<sup>368</sup> Ao tratar da álea econômica, Caio Tácito, com enorme propriedade, já dizia: “é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos de instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto dos seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências. [...] A imprevisibilidade não se refere, necessariamente, ao elemento perturbador em si mesmo, mas aos seus efeitos que ultrapassam à razoável previsão humana”. (TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 209. v. I).

Conquanto se trate de temática bastante complexa e ainda pouco explorada, tanto a doutrina brasileira<sup>369</sup> quanto a doutrina lusitana<sup>370</sup> já sinalizaram pela razoabilidade de uma compreensão mais permeável e sensível aos impactos que eventos externos possam causar na matriz de risco. Isso justifica, desse modo, a incidência de remédios jurídicos que atenuem e restaurem o equilíbrio econômico-financeiro originalmente concebido.

Como já examinado, no Direito brasileiro há, inclusive, reconhecimento explícito de que mesmo os fatos previsíveis podem acarretar consequências incalculáveis, conforme dispõe expressamente o artigo 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93. Significa admitir que o dever de reequilibrar o contrato não se encontra atrelado, apenas, às ocorrências absolutamente imprevisíveis, mas, também, àquelas que, ainda que dotadas de algum grau de previsibilidade, apresentam consequências e resultados que podem ser intoleráveis e incalculáveis<sup>371</sup>.

A extracontratualidade não é, portanto, um requisito autônomo e absoluto para incidência da teoria da imprevisão quando se trata de um fato previsível que foi

---

<sup>369</sup> Sobre o tema, veja-se a posição adotada por Floriano de Azevedo Marques Neto: “No exemplo dos custos, se a explosão do inicialmente orçado decorrer de uma deterioração macroeconômica significativa e imperscrutável, resta recolocada a discussão (dentro dos procedimentos previstos no contrato) sobre formas e parâmetros para essa recomposição. Do mesmo modo, ainda que ao concessionário caiba o risco de demanda, se a queda abrupta tiver decorrido de uma ação ou de uma omissão do poder concedente, também se justifica, inobstante o pactuado, a discussão sobre tal desequilíbrio. Segue daí que em uma concessão comum (e como veremos na concessão em geral) o tema da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e de sua recomposição deve ser sempre tratado no âmbito da negociação regulatória, para o qual o contrato deve contemplar parâmetros e procedimentos.” (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 192).

<sup>370</sup> Pedro Gonçalves pondera que: “Mas a circunstância de o cocontratante assumir um determinado risco (v.g., de procura ou de construção) não significa que tenha de suportar as consequências de todo e qualquer facto que produza efeitos no domínio desse risco. Assim, suponha-se a diminuição da procura resultante de um facto anormal e imprevisível: por exemplo, terremoto que destrói a autoestrada gerida em sistema de concessão. Neste cenário, mesmo que o concessionário tenha assumido o risco da procura, a diminuição desta não corresponde a um risco próprio do contrato, antes resulta de uma ocorrência anormal e imprevisível, que deve dar lugar a uma compensação, nos termos do art. 314, n.º 2”. Licínio Lopes Martins sinaliza que: “Só que, como igualmente referimos, os contraentes, ao regularem a distribuição de riscos, podem igualmente prever os modos como deverão proceder em caso de não verificação das circunstâncias em que basearam a sua decisão de contratar ou de não verificação delas nos termos projectados, seja porque efectivamente não chegaram sequer a ocorrer, seja porque a sua ocorrência foi adulterada por acontecimentos supervenientes.” (MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 581).

<sup>371</sup> Idêntica é a percepção de Fabiane Tessari Lima da Silva: “Em breve síntese: se as circunstâncias da celebração do contrato interessam para fins de construção da sua base objetiva e, por consequência, à projeção, precificação e alocação de determinados riscos contratuais, é razoável afirmar que uma alteração das circunstâncias que possibilite a ocorrência de um risco alocado, porém em proporções inestimáveis à época da celebração do contrato, pode gerar o dever de reequilíbrio por escapar das projeções contratuais (e respectivos custos), desequilibrar a relação prestação-contraprestação e atentar contra a finalidade contratual. [...] Duas dimensões envolvem a alocação de riscos contratual: a previsão do risco propriamente dito e a previsão de sua extensão (ou da extensão de seus efeitos). Prever riscos, portanto, nem sempre se confunde com prever os prejuízos deles decorrentes.” (SILVA, Fabiane Tessari. Alocação de riscos em contratos de concessão comum e de PPPs – do *rebus sic stantibus* ao *pacta sunt servanda*? Revista de Contratos Públicos, Belo Horizonte, Ano 3, n. 05, p. 41-42;45, mar./ago. 2014).

internalizado como risco no contrato de concessão, mas cuja extensão do evento e impacto ultrapassou os limites do prognóstico daquilo que era minimamente razoável prever e calcular.

É exatamente isso que ocorre quando se tem uma matriz de riscos em contrato de concessão que, em última análise, procura dar previsibilidade à mutabilidade, mas que, evidentemente, não tem a capacidade sobre-humana de antever as consequências que abruptas alterações de cenários, especialmente os macroeconômicos, possam causar nos alicerces econômicos e financeiros do pacto. Aqui, já se declarou que regular um contrato de concessão não consiste em adivinhação e muito menos em exercício de futurologia.

Se no plano teórico essas premissas parecem fazer sentido, estando mesmo amparadas em soluções positivadas no ordenamento jurídico, quando transposto o problema para o mundo real e a partir das nuances factuais de cada situação específica, a questão assume dimensões bem mais complexas e de difícil equacionamento. Assim, tomando como premissa a situação mais comum, a saber, a ocorrência de eventos externos perturbadores do equilíbrio econômico-financeiro original que desfavorecem o cocontratante, é possível identificar diversas razões que tornam, na prática, árdua a tarefa de reconhecer a ocorrência de desequilíbrios quando os riscos foram contratualmente alocados entre as partes.

Em primeiro lugar, porque não é simples ao cocontratante convencer o contraente público ou mesmo demonstrar empiricamente que o evento exógeno causou abalos profundos que justifiquem o reequilíbrio do contrato de concessão.

Ao contrário do que ocorre em Portugal, onde se debate com maior profundidade esse tema<sup>372</sup>, no Brasil, há certo reconhecimento ou mesmo uma aceitação tácita de que a

---

<sup>372</sup> Maria João Estorinho esclarece o ponto: “O problema que aqui se coloca é o de saber se a Administração tem o poder de, através de actos unilaterais e executórios, interpretar unilateralmente as cláusulas dos contratos administrativos. Deste poder autónomo de interpretação costuma a doutrina distinguir a atividade de interpretação que está implícita e é pressuposto de qualquer acto de execução do contrato. A maioria dos autores aceita, assim, pacificamente a existência dessa actividade interpretativa subjacente a qualquer acto da Administração e discute apenas se deve admitir-se a possibilidade de a Administração poder impor unilateralmente ao seu contraente particular o sentido a atribuir a certa cláusula contratual, em caso de dúvida ou conflito. Em Portugal, a opinião majoritária tem sido no sentido de recusar à Administração tal faculdade de interpretação unilateral dos contratos administrativos “condenando o sistema de a interpretação dos contratos poder ser feita mediante actos definitivos e executórios (FREITAS DO AMARAL).” (ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo Contrato Administrativo. Coimbra: Almedina, 1990, p. 122-123). Diogo Freitas do Amaral expõe o entendimento: “Por outro lado, as declarações do contraente público sobre interpretação do contrato são meras declarações negociais, pelo que não se impõem ao co-contratante privado – salvo no tocante àquele mínimo que o exercício dos poderes de conformação contratual exige (art. 307º, n.º 1). Com efeito, estando em causa negócios jurídicos (bilaterais), em que, portanto, o igual peso jurídico das declarações contratuais das partes contratantes é indispensável à formação do acordo constitutivo de novos efeitos jurídicos, justifica-se, no tocante à compreensão desse acordo, (i) que uma parte não possa determinar, por si só, o sentido da declaração de vontade da outra; e (ii) que o sentido do acordo formado pela fusão das duas declarações seja determinado segundo as regras fixadas para os demais



interpretação unilateral das cláusulas dos contratos é uma decorrência natural das prerrogativas exorbitantes titularizadas pelo contraente público<sup>373</sup>, o que coloca o cocontratante em posição de desigualdade quando se controverte sobre a interpretação de determinado aspecto do contrato. Em uma formulação mais objetiva, isso significa que, sendo incontornáveis as divergências hermenêuticas, prevalecerá em sede administrativa a interpretação do contraente público, restando ao cocontratante recorrer ao juízo arbitral ou judicial.

Em segundo lugar, porque os contratos de concessão contêm certo *deficit* na regulação dos aspectos econômicos e financeiros, tema que será aprofundado no Capítulo 4. No Brasil, as cláusulas que disciplinam o equilíbrio econômico-financeiro costumam ser vagas e pouco esclarecedoras no que diz respeito à temática do equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio do contrato, o que deixa tormentosa a tarefa de avaliar o impacto que eventos exógenos causam nos pressupostos fundamentais que motivaram a celebração do negócio.

A resposta mais simples e segura é aquela que se apega à alocação de riscos contratualmente pactuada, devendo cada parte assumir integralmente as consequências dos eventos aos quais se obrigou suportar, sem maiores preocupações se os efeitos se tornaram intoleráveis e sem nem mesmo avaliar a efetiva ocorrência de evento externo e do seu impacto na base objetiva do negócio.

O equívoco desse raciocínio consiste em acreditar que o desequilíbrio é um problema do cocontratante, e não um problema do contrato, o que, em última análise, acarreta em graves riscos para o próprio atendimento do interesse público e da coletividade. Isso se deve, em certa medida, a um comportamento adversarial e não relacional (tema abordado no Capítulo 2), que ainda habita as mentes de contraentes públicos e cocontratantes no Brasil, fruto do elevado clima de desconfiança mútua que, lamentavelmente, pauta as relações contratuais no país.

---

negócios jurídicos bilaterais, desde que não contrariadas pela função do contrato administrativo, que é a prossecução do interesse público”. (AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 605. v. II).

<sup>373</sup> A matéria não é muito debatida pela doutrina brasileira, porém a prática pode ser retratada a partir do posicionamento de Hely Lopes Meirelles: “Não se nega a aplicação das regras de hermenêutica comum à interpretação dos contratos administrativos, mas nessa operação não se pode olvidar que o objeto da contratação é, sempre e sempre, o atendimento do interesse público. Diante dessa realidade, a busca da intenção das partes há de partir da premissa de que a finalidade precípua do ajuste é a satisfação de necessidades coletivas. Daí por que já decidimos que nos contratos administrativos celebrados em prol da coletividade não se pode interpretar suas cláusulas contra essa mesma coletividade, para só se atender aos direitos individuais do particular contratado.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 218).

Em terceiro lugar, não se pode ignorar o “medo” do agente público na tomada de decisões que, em tese, poderão ser consideradas favoráveis ao cocontratante e o risco de futuras penalizações pelos órgãos de controle, notadamente, os Tribunais de Contas e o Ministério Público, temática essa cujo relevo vem se acentuando no direito público na atual quadra<sup>374</sup>. Por isso, mesmo que o contraente público, por meio do agente público responsável, considere razoável o reequilíbrio do contrato de concessão e reconheça o impacto que o evento externo causou na matriz de riscos, agravando para além do razoável as consequências que deveriam ser suportadas pelo cocontratante, a posição mais segura e que lhe protege de futuras responsabilizações pessoais é a de negar administrativamente o pleito e deixar que o particular se conforme ou, se for o caso, recorra ao juízo arbitral (se cabível) ou às vias judiciais.

Em quarto lugar, nem sempre é fácil identificar a causa do desequilíbrio. Tome-se, como exemplo, o advento de uma crise econômica, situação sempre recorrente em contratos de concessão de execução duradoura, ainda mais em países em desenvolvimento mais suscetíveis a intempéries na sua economia.

A primeira tarefa – que está longe de ser simples – é identificar se a crise econômica é causa autônoma e exclusiva do desequilíbrio ou se existem outras causas que concorrem para o desbalanceamento do contrato de concessão. Em outros termos, é preciso identificar se existem concausas ou mesmo uma relação de interdependência de outras circunstâncias que ocasionaram a perturbação da economia contratual original, desse modo, provocando onerosidade excessiva para um dos contraentes.

A dimensão da importância da discussão pôde ser percebida quando da gravíssima crise econômica que assolou o Brasil, especialmente, entre os anos de 2016 e 2017, interferindo fortemente na execução de vários contratos de concessão, criando

---

<sup>374</sup> Trata-se de fenômeno percebido pela doutrina. Cf. MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O Medo e o Ato Administrativo. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 20 dez. 2017. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. Fórum Administrativo – FA, Ano 14, n. 155, p. 38 - 39, jan. 2014. RIBEIRO, Leonardo Coelho. Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em: 20 dez. 2017. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa: Comentários à Lei n.º 8429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27 - 31. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: <[https://www.google.com.br/search?q=fernando+vernalha+o+direito+administrativo+do+medo&rlz=1C1REZB\\_enBR751BR751&oq=fernando+vernalha+o+direito+administrativo+do+medo&aqs=chrome..69i57.4254j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com.br/search?q=fernando+vernalha+o+direito+administrativo+do+medo&rlz=1C1REZB_enBR751BR751&oq=fernando+vernalha+o+direito+administrativo+do+medo&aqs=chrome..69i57.4254j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)>. Acesso em: 20 dez. 2017. SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. Disponível em: <[http://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo\\_a\\_21667314/](http://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

dificuldades para os contraentes públicos e cocontratantes manterem o equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido<sup>375</sup>.

Aliás, é oportuno rememorar que é exatamente no universo dos contratos duradouros e de execução continuada (sejam públicos ou privados) que os efeitos da crise econômica são mais visíveis e contundentes, porquanto mais suscetíveis a interferências externas em razão do elemento temporal.

Nesse contexto, foi editada a Lei n.º 13.448, de 05.06.17, que estabeleceu diretrizes para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal. A finalidade primacial do referido diploma legal foi conferir segurança jurídica<sup>376</sup> para as prorrogações antecipadas dos contratos de concessão, além de promover as relicitações, conceituadas pelo legislador “como o procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim”<sup>377</sup>. (BRASIL, 2017)

Ainda que confinada aos setores aeroportuário, rodoviário e ferroviário, a relicitação foi uma figura jurídica criada diante da incapacidade de diversos cocontratantes em adimplirem as obrigações que assumiram e com o explícito intuito de evitar o custoso processo de decretação de caducidade<sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup> Por causa da crise macroeconômica brasileira, diversos contratos de concessão vêm sendo objeto de renegociações. Exemplo disso são as concessões dos aeroportos, nas quais os cocontratantes não conseguem mais arcar com as quantias fixadas a título de outorga pelo instrumento contratual. Conforme reportagem do jornal Valor Econômico, em 20/06/2016, um estudo inédito da empresa de consultoria alemã Ronald Berger atestou a necessidade de renegociação desses contratos (Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4606109/concessoes-precisam-de-repactuacao-indica-estudo>>. Acesso em: 20 jun. 2016). No mais, a crise e seus incalculáveis efeitos sobre os contratos de concessão afastam cada vez mais potenciais investidores estrangeiros do país (Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4600811/estrangeiro-ainda-tem-receio-de-investir-em-concessoes>>. Acesso em: 20 jun. 2016).

<sup>376</sup> Conforme expressamente referido na Exposição de Motivos da Medida Provisória n.º 752, de 24.11.16, que foi posteriormente convertida na Lei n.º 13.448, de 05.6.17. Confira-se: “É essencial a existência de uma lei específica para dar segurança jurídica para incluir novos investimentos em concessões existentes quando for justificadamente necessário. Hoje o Poder Concedente tem se deparado com alguns questionamentos quanto à possibilidade de alteração contratual das concessões públicas. Órgãos públicos tem questionado o interesse público de renovações contratuais ordinárias ou antecipadas como alternativa a novas licitações; usuários, por sua vez, apresentam dúvidas quanto aos mecanismos de reequilíbrios possíveis de serem adotados e os agentes públicos e concessionárias estão inseguros quanto à legitimidade ativa na condução desses processos. Entendemos que as soluções desses itens estão adequadamente endereçadas na presente medida”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>377</sup> Conforme definição prevista no art. 4º, inciso III, da Lei n.º 13.448, de 05.06.17.

<sup>378</sup> Veja-se, novamente, a exposição de motivos da Medida Provisória n.º 752, de 24.11.16, que foi posteriormente convertida na Lei n.º 13.448, de 05.6.17: “A Medida Provisória, de outro lado, faculta ao Poder Concedente, em comum acordo com concessionário, adotar o procedimento de relicitação de contratos de parceria vigentes no setor rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujos parceiros demonstrem

Mas não é mera coincidência que variados cocontratantes de distintos setores tenham enfrentado dificuldades no cumprimento de suas obrigações contratuais. Evidencia-se uma questão conjuntural diretamente ligada ao impacto que a situação macroeconômica do país causou nos contratos de concessão de longo prazo e dos riscos que foram assumidos no momento da sua celebração. A crise econômica pode ser uma causa autônoma e exclusiva ou mesmo estar ligada a outros fatores ou concausas<sup>379</sup> que justifiquem uma revisitação dos parâmetros originais do contrato de concessão<sup>380</sup>, mas o que não pode é ser solenemente ignorada.

Pelas razões supramencionadas, a dificuldade jurídica no reconhecimento da aplicabilidade da teoria da imprevisão agiganta-se quando existe uma alocação de riscos contratualmente definida. No cenário de crise econômica, a opção de reequilibrar os contratos de concessão implicaria, forçosamente, no reconhecimento de que a extensão dos riscos assumida foi abalada pela radical modificação nos pressupostos que orientaram a vontade negocial das partes à época da contratação. Isso suporia admitir que uma coisa é o risco contratualmente assumido e outra são as consequências desses riscos materializadas em novos cenários de inesperadas e imprevisíveis transformações no ambiente macroeconômico<sup>381</sup>.

A rigor, a solução do reequilíbrio, ainda que em tese juridicamente viável, não tem sido considerada uma opção segura pelos motivos já descritos, justificando a edição

---

ausência de capacidade em cumprir com as suas obrigações assumidas contratualmente. Trata-se de alternativa inovadora de “devolução coordenada e negociada” da concessão, evitando-se o processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>379</sup> Anderson Schreiber, tratando da temática da imprevisão nos contratos privados, anota: “Uma análise mais profunda da fundamentação das decisões judiciais brasileiras revela que o debate em torno da imprevisibilidade do acontecimento, e também de sua extraordinariedade para aqueles que diferenciam os dois requisitos, não se afigura apenas aleatório em seus resultados, mas também arbitrário no seu conteúdo. O que se discute, na maioria dos casos, é um acontecimento geral que se distancia do impacto sofrido pelo contrato por uma longa e complexa cadeia causal, inteiramente ignorada nas sentenças e acórdãos que decidem o destino dos contratantes.” (SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio Contratual e Dever de Negociar. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 199).

<sup>380</sup> Na explicação de Maurício Portugal Ribeiro, o problema que afetou os concessionários decorre de múltiplas causas: “A crise econômica, política, institucional pela qual passa o país combinada (a) com erros estruturais de modelagem dos contratos, (b) com descumprimentos contratuais recentes e atuais do poder concedente, e (c) com a realização de propostas agressivas nas licitações havidas no momento pré-crise econômica tem levado várias concessionárias de projetos de infraestrutura a dificuldades de darem continuidade à execução dos contratos.” (RIBEIRO, Maurício Portugal. Caducidade de concessões e PPPs: notas sobre a conveniência e oportunidade de decisão para instauração do processo e sobre as formalidades para tanto. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/12/art20171212-01.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017).

<sup>381</sup> Claro que essa é uma afirmativa de cunho teórico que precisaria ser demonstrada em cada situação concreta, podendo, evidentemente, existir situações nas quais o cocontratante realmente se tornou inadimplente em razão de deficiência na operação e na gestão do negócio.

de marco legal específico e setorial cuja solução se deu pela saída negociada e consensual dos atuais cocontratantes – ainda que vinculada à observância de determinados requisitos<sup>382</sup> – relicitando o objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

Nesse sentido, é curioso notar que a solução legislativa brasileira não foi deferente ao princípio geral da conservação dos negócios jurídicos, que, ontologicamente, embute uma preferência na manutenção dos pactos, ainda que sujeitos à revisão, quando comparada à alternativa de resolução dos contratos. Trata-se de princípio geral que incide nas relações privadas<sup>383</sup>, porém que, no campo dos contratos públicos, assume uma dimensão com maior carga axiológica em razão dos interesses públicos envolvidos e das consequências e complexidades que uma ruptura contratual sempre proporciona.

A solução da extinção dos contratos de concessão nos setores aeroportuário, ferroviário e rodoviário, ainda que pela via negocial e consensual, com a explícita opção por um custoso processo de relicitação, não deixa de ser uma reversão da expectativa e uma inversão da presunção que milita a favor do princípio da conservação dos negócios jurídicos, mormente, quando se está no universo contratual público.

Em última análise, tudo isso bem demonstra o quão complexo é o processo que visa reequilibrar os contratos de concessão (em especial, quando se está diante de alocação de riscos contratualmente definida) e como a própria temática do equilíbrio econômico financeiro, do reconhecimento do desequilíbrio e das formas e métodos de reequilíbrio são temas ainda envoltos em dúvidas e incertezas. Ao tema, voltar-se-á no Capítulo 4 desta tese.

---

<sup>382</sup> Os requisitos para a relicitação encontram-se previstos nos arts. 14 e 15 da Lei n.º 13.448, de 05.06.17.

<sup>383</sup> Anderson Schreiber explicita o conteúdo do princípio nos contratos privados, demonstrando a sua aplicabilidade mesmo nos casos de invalidade: “É sempre lembrada a diretriz adotada pelo legislador brasileiro no sentido da conservação dos negócios jurídicos, extraída dos arts. 183 e 184 do Código Civil, já mencionados no capítulo anterior deste livro, os quais explicitam a busca pelo salvamento do negócio jurídico inválido diante de uma invalidade meramente parcial ou acessória. A isso se tem chamado mesmo de princípio da conservação dos negócios jurídicos. Independente da rotulação que se dê a diretriz extraída dos arts. 183 e 184 da codificação civil, parece certo que, se mesmo diante de vício de invalidade, a ordem jurídica procura preservar o negócio jurídico, evitando sua extinção desde que conservado o comum interesse das partes, não há razão para que não se procure preservá-lo diante de um desequilíbrio contratual superveniente que se afigure passível de correção.” (SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio Contratual e Dever de Negociar. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 256 - 257). Para aprofundamento do tema, ver GUERRA, Alexandre. Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos – A eficácia Jurídico-Social como Critério de Superação das Invalidades Negociais. Coimbra: Almedina, 2016. No campo do direito privado, ver ALONSO, Eduardo Serrano. La confirmación de los negocios jurídicos. Madrid: Tecnos, 1976. p. 157. MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 347. PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 120 - 121..

### 3.4 O Fato do Príncipe

A teoria do fato do príncipe (*fait du prince*) foi concebida pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês<sup>384</sup>, estendendo-se para outros países como Espanha, Portugal e Brasil. Ainda em um plano bastante genérico, a sua essência (assim como a das demais categorias adiante examinadas) está na preocupação que orbita qualquer ordenamento jurídico: a relação entre fatos novos e o impacto que esses possam causar nos contratos administrativos celebrados.

A partir da construção da jurisprudência do Conselho de Estado, o Direito Administrativo francês se notabilizou pela construção de uma disciplina assimétrica em matéria de contratos, atos e responsabilidade civil do Estado se comparada com o Direito Civil. Ancoram essas ideias as noções de interesse público, solidariedade social e bem comum<sup>385</sup>.

Nessa senda, o Direito Administrativo francês surge historicamente com signos de evidente assimetria em relação ao direito privado, com a presença, por exemplo, das conhecidas cláusulas exorbitantes no caso dos contratos administrativos, seria necessário contrabalancear essas prerrogativas com regras protetivas dos interesses privados. Nesse contexto é que a teoria do *fait du prince* foi estruturada, visando compartilhar os prejuízos com toda a coletividade das medidas gerais e soberanas editadas pelo Estado que abalem as relações contratuais.

A bem da verdade, identificar o impacto que atividades lícitas estatais causam nos contratos administrativos é situação comum a qualquer ordenamento jurídico, ainda que as soluções se construam a partir de diversas óticas, considerando os contextos social e histórico de cada país. Assim, poderão ser utilizadas estruturas ou categorias jurídicas distintas para disciplinar essa questão<sup>386</sup>, o que não afasta o caráter universal da problemática no mundo dos contratos.

---

<sup>384</sup> A destacar os acórdãos de 10.01.1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, de 21.03.1910, *Compagnie générale française des tramways* de 30.03.1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bourdeaux*. Cf. PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto. O Fato do Príncipe e os Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 2012. p. 33.

<sup>385</sup> Cf DE ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 26 e ss.

<sup>386</sup> Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto explica que países como Alemanha e Itália não conhecem a teoria do fato do príncipe, o que decorre da distinta concepção de contratos administrativos que esses países construíram se comparado com o modelo francês. PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto. O Fato do Príncipe e os Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 2012. p. 24.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, adotam-se as teorias do *Sovereign Acts Doctrine*<sup>387</sup> e a *Unmistakability Doctrine*<sup>388</sup> como ferramentas de defesa do Estado para afastamento da responsabilidade contratual, ou seja, medidas que tentam contrabalancear uma estrutura jurídica que não opera sob a *summa divisio* direito público *versus* direito privado, na qual os interesses individuais ocupam centralidade e prevalência<sup>389</sup>.

Segundo Giacomuzzi (2011)<sup>390</sup>, as Cortes norte-americanas viram-se forçadas a construir, como desdobramento da *Sovereign Acts Doctrine*, a teoria da *dual capacity*<sup>391</sup> para permitir um tratamento desigual ao Estado em determinadas ocasiões. Assim, o autor anota que o Estado pode agir como contraente público (*government-as-contractor*) ou

---

<sup>387</sup> A Sovereign Acts Doctrine foi proclamada, pela primeira vez, em 1865, nos casos *Deming vs. U.S.* e *Jones vs. U.S.*, ambos julgados pela Court of Claims. Essa teoria norte-americana determina que a Administração Pública, enquanto contratante, não pode ser responsável direta ou indiretamente por atos públicos praticados enquanto soberana. Tal diferenciação inclui a edição de atos administrativos. Logo, a Sovereign Acts Doctrine defende que quaisquer atos que possa o Estado praticar, sejam legislativos ou executivos, conquanto sejam públicos e gerais, não podem ser tidos como especiais para alterar, obstruir ou violar os contratos específicos firmados entre ele e os particulares. Isso, todavia, não afasta, é claro, a possibilidade do contraente público expressa ou implicitamente compensar o cocontraente pela onerosidade decorrente dos atos soberanos. Sobre o tema, ver LATHAM, Peter S. The Sovereign Act Doctrine in the Law of government contracts: a critique and analysis. University of Toledo Law Review, Toledo, v. 7, n. 01, p. 29 - 58, set./nov. 1975. MORGAN, Ronald G. Identifying protected government acts under the Sovereign Acts Doctrine: a question of acts e actors. Public Contracts Law Journal, Estados Unidos, v. 22, p. 223 - 274, dez./fev. 1992. HADFIELD, Gillian. Of sovereignty and contact: damages for breach of contract by government. Southern California Interdisciplinary Law Journal, California, v. 8, n. 02, p. 467-537, mar.1999,.

<sup>388</sup> A Unmistakeability Doctrine é vista como uma variação da Sovereign Acts Doctrine e se relaciona com a proteção dos direitos adquiridos em contratos públicos. Conforme essa doutrina, o poder público não está vinculado às obrigações contratuais assumidas em virtude de leis anteriores. Conforme a Suprema Corte norte-americana, o poder soberano, independente de sua fonte, mesmo quando não exercido, é uma presença permanente em todos os contratos sujeitos à jurisdição do soberano e assim permanecerá, a menos que renunciado em termos inequívocos. Sobre o tema, ver GRAF, Michael W. The determination of property rights in public contracts after “*Winstar vs. United States*”: where the Supreme Court left us? Natural Resources Journal, Novo México, v. 38, n. 02, p. 197 – 276, mar./jun. 1998. ZIGLER, Michael L. Taking Law and the contract clause: a taking Law approach to legislative modification of public contracts. Stanford Law Review, Standford, v. 36, n. 6, p. 1.447-1.484, jun.1984. SCHWARTZ, Joshua Ira. Liability for Sovereign Acts: congruence and excepcionalism in government contracts law. The George Washington Law Review, Washington, v. 64, n. 04, p. 633 - 702, abr. 1996.

<sup>389</sup> Cf. GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato Supremacia do Interesse Público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 176 e ss.

<sup>390</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato Supremacia do Interesse Público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 220.

<sup>391</sup> Conforme a teoria da *dual capacity*, a Administração Pública pode proceder tanto como soberana, quanto como contraente pública quando atua no mercado em geral. Enquanto o primeiro goza da liberdade necessária para governar efetivamente, o último está vinculado às mesmas regras que se vinculam os contratantes. Tal distinção pode ocorrer, inclusive, dentro do mesmo órgão público. Nesse caso, a teoria da *dual capacity* defende que o órgão, na qualidade de interventor soberano, deve ser tratado como um terceiro que, teoricamente, não possui nem está vinculado às obrigações contratuais. Sobre o tema, ver: MORGAN, Ronald George. The Sovereign Acts Doctrine in the Law of Government Contracts. Disponível em: <<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a254270.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

como soberano (*government-as sovereign*), sendo que, no primeiro caso, existe uma equidade na relação contratual como em qualquer outro contrato privado, ao passo que a segunda situação permite que o Estado persiga suas funções públicas agindo como soberano. Sustenta, o referido autor, que a Teoria da *Sovereign Acts Doctrine* seria uma espécie de equivalente funcional do fato do príncipe, sendo, entretanto, estruturada a partir de distintas perspectivas<sup>392</sup>.

Independentemente do ponto de partida das construções teóricas de cada país para solucionar o impacto que medidas governamentais genéricas, abstratas e lícitas causem nos contratos públicos, é inegável que a problemática se põe com mais intensidade nos contratos duradouros, haja vista que, pela longa extensão temporal, são mais suscetíveis à ocorrência de medidas que impactem sua estabilidade e seu equilíbrio originariamente concebidos<sup>393</sup>.

Não obstante na França a concepção de fato do príncipe tenha sido objeto de grande controvérsia<sup>394</sup>, no Brasil, a teoria foi importada acriticamente e, pode-se inferir,

---

<sup>392</sup> Nas palavras do autor: “A diferença fundamental está na assunção feita pelo intérprete. Enquanto o jurista francês parte da ideia de que no contrato administrativo o Estado pode indiretamente alterar a situação do contratado em nome do interesse geral, o operador de Direito norte-americano parte da assunção de que o Estado deve ser tratado em igualdade de condições com a parte privada. Assim, o francês teve de construir uma teoria que protegesse o contratado e compensasse as reconhecidas prerrogativas do Estado, as quais se baseiam na predominância do Direito Público. Por seu turno, tendo em vista que as assunções do operador do Direito norte-americano são diametralmente opostas às do francês, nos Estados Unidos foi necessária a construção de uma teoria para proteger o Estado e compensar um *ethos* individualista, que sustenta predominantemente princípios jusprivados: daí emergiram a *Sovereign Acts Doctrine* e a *Unmistakeability Doctrine*.” (GIACOMUZZI, 2011, p. 262 - 263). No mesmo sentido Licínio Lopes Martins afirma que os atos soberanos do Governo, praticados no exercício de sua capacidade soberana – constituem uma espécie de *fait du prince* do direito administrativo norte americano de construção jurisprudencial. MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de Obras Públicas. O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Econômico-Financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 449.

<sup>393</sup> Não se ignora, como mencionado, que se trata de tema igualmente relacionado à disciplina da resolução do contrato, não sendo, entretanto, esse o foco da presente investigação.

<sup>394</sup> Conforme esclarece Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto, três foram as correntes sobre a dimensão do *fait du prince* no Direito francês. A primeira (modelo amplo) sustentava que o seu alcance era gerado por qualquer medida praticada pelo ente público ou por outros entes estranhos ao contrato, abarcando intervenções legislativas como medidas de autoridades administrativas no exercício dos seus poderes de polícia. A segunda corrente (modelo intermediário), sustenta que o *fait du prince* se limita apenas aos atos praticados pelo contraente público. As medidas emanadas por outras autoridades, que não o contraente público, seriam equacionadas no âmbito da teoria da imprevisão. A terceira e última corrente (modelo restrito) propõe uma visão mais restrita de que se limitaria aos atos jurídicos e operações materiais com repercussão no contrato praticado pelo contraente público não na qualidade de contratante, o que afastaria do conceito as prerrogativas exorbitantes. Esclarece a autora que é árdua a tarefa de descrever a noção de *fait du prince* no Direito francês, dada a variedade de teses propostas. PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto. O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 2012. p. 25-27. Para Laubadère, o *fait du prince* sempre foi uma das teses mais confusas no campo dos contratos administrativos. LAUBADÈRE, André de. Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs. Paris: LGDJ, 1956. p. 24. T. III.



salvo algumas sutilezas, que vem sendo estruturada pela doutrina e incorporada pela jurisprudência sem maiores aprofundamentos ou questionamentos.

A importância da doutrina brasileira deve ser destacada porquanto o legislador, a despeito de mencionar o fato do príncipe em leis gerais de contratação pública, não se ocupou em conformar um conceito substantivo para o instituto, valendo-se do entendimento convencional da doutrina sobre a matéria. O racional é similar ao do Direito francês: considerando o regime de prerrogativas excepcionais conferido aos entes públicos, optou-se por criar um sistema de defesas dos interesses privados e protetivos do próprio equilíbrio econômico-financeiro, englobando, no mesmo *locus* legislativo (artigo 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93), o fato do príncipe, a teoria da imprevisão, caso fortuito e força maior, sem depuração técnica o suficiente para distinguir os institutos, pressupondo que o conhecimento convencional e doutrinal da matéria já o tivesse feito de modo adequado.

Contextualizado como o fato do príncipe foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, é possível compendiar, com algumas variações, as seguintes características do instituto<sup>395</sup>, com ampla aceitação na doutrina brasileira<sup>396</sup>: a) são medidas gerais editadas pelos poderes públicos e, portanto, exteriores aos contratos de concessão; b) existência de um nexo de causalidade entre a medida genérica e abstrata editada, causadora de uma perturbação especial que interfira diretamente no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; c) os atos estatais editados pelos poderes públicos são lícitos e praticados no exercício das suas regulares competências; d) ensejam a reposição do equilíbrio econômico-financeiro original do contrato, ou mesmo indenização a depender da natureza da medida.

---

<sup>395</sup> Essas características se colocam para os contratos administrativos em geral, não apenas para os contratos concessionais.

<sup>396</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 344. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 189. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 661 e ss. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 345. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 1.113 e ss. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2017. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 221. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 238 e ss.

Trata-se, portanto, de instrumento que visa proteger os contratos administrativos das repercussões e medidas gerais licitamente<sup>397</sup> editadas pelos poderes públicos<sup>398</sup>, sendo um instituto conciliador entre os valores da segurança jurídica (na sua vertente de ato jurídico perfeito) e da liberdade de conformação do legislador de produzir novas normas e das próprias autoridades administrativas na promoção do bem comum.

Seria um contrassenso supor que os contratos de concessão ficariam imunes à edição de normas ou medidas governamentais supervenientes<sup>399</sup>, como seria idêntico absurdo não proteger as “condições do contrato” de futuras e prováveis mutações legislativas ou administrativas inerentes à própria evolução da vida.

Expostas as características conceituais da teoria do fato do príncipe, as diferenças no tocante à alteração unilateral do contrato parecem bem delimitadas a conferir-lhe

---

<sup>397</sup> Alexandre Santos de Aragão correlaciona a ocorrência do fato do príncipe como uma expressão da responsabilidade objetiva do Estado por atos lícitos. ARAGÃO, Alexandre Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 345. No mesmo sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324.

<sup>398</sup> Parte-se da premissa da incidência e da repercussão da medida no contrato de concessão. Fica fora do objeto desta investigação a controvérsia sobre o complexo problema da aplicação das leis no tempo e dos eventuais efeitos retroativos que venham a ser determinados pelo legislador.

<sup>399</sup> Para Ana Gouveia Martins admitir essa possibilidade seria uma espécie de renúncia genérica de poderes públicos. MARTINS, Ana Gouveia. A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 75.

inegável autonomização em relação às categorias ou institutos afins, entendimento esse que predomina, também, no Direito português<sup>400</sup> e no Direito espanhol<sup>401</sup>.

Enquanto o fato do príncipe é medida genérica, extracontratual e vocacionada a atingir um número indeterminado de sujeitos, cujo efeito concreto no contrato é secundário, o *ius variandi* é ato individual e concreto, encontrando no cocontratante o seu único destinatário. O interesse público se apresenta de modo diverso: no fato do príncipe, trata-se da veiculação do atendimento geral e indeterminado da coletividade, ao passo que, no *ius variandi*, tutela-se a prossecução de um específico interesse público situado na ambiência endógena do contrato de concessão.

Posto isso e avançando na compreensão do fato do príncipe, é relevante aduzir que um aspecto que não encontra uniformidade na doutrina brasileira é a questão da autoridade que emana a medida geral. Alinhada e inspirada na corrente majoritária do

---

<sup>400</sup> Lourenço B. Manoel de Vilhena Freitas, em obra específica sobre a temática do poder de modificação unilateral, expõe essas diferenças, em lição inteiramente aplicável ao Direito brasileiro: “Quanto à diferença funcional, o *ius variandi* pressupõe sempre a prática de um acto emanado no exercício do poder administrativo, mesmo que sob a forma e com força de lei, ao passo que o *factum principis* não consubstancia sempre a prática dum acto emanado pelo poder administrativo, mas pode resultar de um acto praticado por outra função do Estado. No aspecto material, o *ius variandi* pressupõe sempre um acto individual concreto, visando uma categoria delimitada de situações e uma pessoa ou um conjunto determinado ou determinável de pessoas (o que, note-se, é manifestamente o caso, mesmo na hipótese do poder modificativo afectar um grupo de contratos). O *factum principis*, pelo contrário, pode resultar de um acto genérico, embora tal não aconteça necessariamente. No aspecto teleológico, o exercício do *ius variandi* visa afectar o conteúdo do contrato adaptando-o à mutação ou à superveniência do interesse público. Diferentemente, o *factum principis* visa à satisfação de outros interesses gerais ou particulares, respondendo a solicitações de outra ordem, só afectando o objeto contratual de forma reflexa. [...] No fundo, a diferença lapidar entre as figuras radica no facto do *ius variandi* implicar, como efeito directo e típico do acto em causa uma alteração contratual, ao passo que o *factum principis* conduz à modificação contratual, mesmo quando no exercício do poder administrativo, apenas, como um efeito indirecto ou reflexo da sua eficácia tipo funcional. Como consequência da diferença conceptual, o *ius variandi* difere, ainda, do *factum principis*, quanto ao seu regime, dada a maior limitação de utilização que é inerente à primeira figura, uma vez que não é possibilidade constante de todos os contratos da Administração”. FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena. O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (e as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício). Lisboa: AAFDL, 2007. p. 115-116. Ainda no Direito Português, estabelecendo distinção entre os institutos ver GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos. Coimbra: Almedina, 1999. p. 260. KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos. O Exercício Contratualizado do Poder Administrativo de Decisão Unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 434 - 440. PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto. O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 2012. p. 56 - 60.

<sup>401</sup> Cf. ORTIZ, Gaspar Arinõ. Teoria del Equivalente Economico em los Contratos Administrativos. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. p. 263 - 264. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDES, Tomás-Ramon. Curso de derecho administrativo. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 734. PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Barcelona: Marcial Pons, 1998. p. 322.

Direito francês<sup>402</sup>, entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017)<sup>403</sup>, amparada no princípio federativo, que somente será fato do príncipe quando a medida, ainda que geral e externa ao contrato, tenha sido editada pela mesma esfera de governo que celebrou o contrato.

Logo, por exemplo, em se tratando de contrato de concessão municipal, impactado por uma superveniente lei estadual, a hipótese não seria de incidência da teoria do fato do príncipe, mas da aplicação da teoria da imprevisão. Outra linha de pensamento não vê razão para afastar a incidência da teoria do fato do príncipe mesmo quando a medida é emanada de outro ente federativo que não aquele celebrante do contrato de concessão<sup>404</sup>.

Realmente, no Direito brasileiro, a expressão “fato do príncipe” se correlaciona mais apropriadamente com todas as manifestações de soberanias estatais, ainda que de outros entes federados, não fazendo sentido, sem que a lei o tenha explicitado, criar diferenciações que não se mostram justificadas à luz do Direito legislado pátrio e muito menos quando importadas acriticamente do Direito francês.

O §5º, do artigo 65, da Lei n.º 8.666/93, regula típica hipótese de fato do príncipe (elevação de carga tributária)<sup>405</sup>, sem proceder qualquer distinção da origem da medida,

---

<sup>402</sup> Entre outros autores, mas entendendo que o fato do príncipe se limita apenas aos atos editados pela autoridade contratante, sendo os demais equacionados pela teoria da imprevisão, situando-se na álea econômica do contrato. Conforme Hélène Hoepffner “Le juge a toujours refusé d’appliquer La théorie du fait du Prince lorsque la mesure n’a pas été prise par l’autorité publique contractante”. (HOEPFFNER, Hélène. La Modification du Contrat Administratif. Paris: LGDJ, 2009. p. 24). Sobre o tema, ver RICHER, Laurent. Droit des Contrats Administratifs. 7. Ed. Paris: L.G.D.J, 2010. p. 286 - 287. GAUDEMET, Yves. Traité de droit administratif. Paris: L.G.D.J, 2001.

<sup>403</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324. No mesmo sentido, posiciona-se Alexandre Santos de Aragão: “Para ser considerado fato do príncipe a medida, ainda que geral, há de ser da mesma entidade contratante. Se for de outra Administração, aplica-se genericamente a Teoria da Imprevisão (álea econômica).” (ARAGÃO, Alexandre Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 345).

<sup>404</sup> Marçal Justen Filho pondera: “Entre nós, Maria Sylvia Zanella Di Pietro segue a posição francesa, enquanto José dos Santos Carvalho Filho opta por não formular distinção quanto à identidade do sujeito responsável pelo evento que produziu a oneração. Adota-se a mesma posição de Carvalho Filho, já que a teoria do fato do príncipe, tal como prevista no direito brasileiro, tem pouca relação com a figura existente na França. Na sua essência (mantida no Brasil), a teoria do fato do príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado. O ponto nuclear da teoria do fato do príncipe reside em que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 391). José dos Santos Carvalho Filho argumenta que: “Parte da doutrina entende que o fato deve emanar da mesma pessoa jurídica que celebrou o ajuste. Com a devida vênia, entendemos que o “príncipe” é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de modo que nos parece aplicável à teoria se, por exemplo, um ato oriundo da União Federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 221).

<sup>405</sup> Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior comentando o dispositivo: “Típico fato do príncipe é a criação, a alteração ou a extinção de tributos ou de encargos legais, bem assim a instituição de regimes legais.” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 729).

se federal, estadual ou municipal, denotando que o Direito brasileiro engendrou solução distinta daquela cogitada no Direito francês.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores não delimita com precisão os contornos do fato do príncipe, socorrendo-se, sempre, dos entendimentos da doutrina, não estabelecendo nítida distinção conceitual para institutos afins, como ocorre, em especial, com a teoria da imprevisão<sup>406</sup>.

Qual seria, então, a fronteira a separar o fato do príncipe da teoria da imprevisão?<sup>407</sup> Costuma-se sustentar que a distinção é menos relevante porque ambas resultam na mesma consequência, a saber, a necessária reposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, a ser assumida pelo contraente público, porquanto estão inseridas no mesmo *locus* legislativo (artigo 65, II, d, da Lei n.º 8.666/3)<sup>408</sup>.

Muito embora não se abone a tese de que o legislador tenha fixado uma partilha rígida de riscos, imputando-os sempre ao contraente público<sup>409</sup>, a verdade é que, em se tratando de contratos de concessão administrativa e patrocinada, a solução legislativa é

---

<sup>406</sup> A jurisprudência brasileira não é muito clara na delimitação do fato do príncipe, pois muitas vezes o trata de maneira similar à teoria da imprevisão. Por exemplo, enquanto o Supremo Tribunal Federal, no RHC n.º 59.052-CE, entendeu que seria configurado fato do príncipe quando um ato normativo federal impactar em contrato estadual (“ainda que sendo ato normativo federal constitui ‘ato do príncipe’, sobre este Contrato administrativo estadual, - dada a matéria que disciplinou e a competência da Administração Federal, hábeis legalmente para eficácia sobre o Contrato, na esfera estadual.” (STF – RHC n.º 59.05. Trecho do voto do Relator Clóvis Ramalhet. Data do Julgamento: 08/09/1981), diversas outras cortes, como o Superior Tribunal de Justiça (ex: RMS 15.154/PE) e o Tribunal de Contas da União, citando a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, já entenderam que só se configuraria fato do príncipe caso o ato emanasse do próprio contraente público: “A doutrina define “fato do príncipe” como medidas de ordem geral que repercutem no contrato, mas que não estão com ele diretamente relacionadas, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. Entretanto, no direito brasileiro, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pela medida de ordem geral for da mesma esfera federativa daquela que celebrou o contrato” (TCU – ACÓRDÃO 3331/2015. Plenário. Relator: Ana Arraes. Data da sessão: 09/12/2015).

<sup>407</sup> Odete Medauar explica: “No Direito francês distinguia-se a teoria da imprevisão do “fato do príncipe”: aquela associada a fatores econômicos; este ligado a decisões administrativas alheias ao contrato em si, mas com reflexos indiretos na sua execução, onerando-os sobremaneira – ambas consideradas decorrências da ideia de equilíbrio econômico-financeiro. Depois, a teoria da imprevisão passou a englobar os fatores econômicos (*álea extraordinária econômica*) e os fatores administrativos (*álea extraordinária administrativa*). Em termos evolutivos, pode-se dizer que o advento do intervencionismo e do dirigismo em grande escala após a Segunda Guerra, tornou difícil fixar a diferença entre imprevisão e fato do príncipe.” (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 275).

<sup>408</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 392. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324.

<sup>409</sup> Adota-se aqui o posicionamento firmado por Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: “Por isso, pensamos que não há propriamente na Lei n.º 8.666/93 um sistema de distribuição de riscos positivado. Aliás, assim deve ser, pois a distribuição de riscos é uma questão de eficiência econômica, e não axiológica.” (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada. Fundamentos Econômicos-Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 122).

inteiramente distinta: artigo 5º, inciso III, da Lei n.º 11.079/04 - que regula as parcerias público-privadas - dispõe expressamente que as cláusulas dos contratos deverão prever a repartição de riscos entre as partes, inclusive aqueles referentes a caso fortuito, à força maior, a fato do príncipe e à álea econômica extraordinária<sup>410</sup>.

De qualquer sorte, é relevante traçar elementos que estabeleçam diferenciação entre o fato do príncipe e a teoria da imprevisão, até porque essas distinções conceituais apresentam relevância para fins de alocação de riscos nos contratos de concessão.

Nesse sentido, é razoável inferir que a distinção está na origem da contingência imprevisível. Se a superveniência que impacta o contrato decorre de medida governamental, genérica e abstrata, está-se diante de fato do príncipe, o que é intuitivo até mesmo pelo próprio *nomen juris* utilizado. Se, entretanto, está-se diante de uma imprevisibilidade fortuita e não diretamente conectada a uma determinada e específica ação governamental, a hipótese melhor afeiçoa-se à teoria da imprevisão<sup>411</sup>.

Conquanto esse ainda seja um tema bastante complexo e de contornos pouco nítidos, sustenta-se, nesta tese, que a “estatalidade” se revela determinante para distinguir uma superveniência caracterizável como fato do príncipe de uma superveniência que se categorize no âmbito da teoria da imprevisão. Não é à toa que a doutrina costuma situar o fato do príncipe na álea administrativa e a teoria da imprevisão na álea econômica<sup>412</sup>.

Poder-se-ia argumentar que essa distinção é meramente retórica e ambas as ocorrências, ainda que sejam distintamente qualificáveis, redundariam na mesma consequência no campo da modificação dos contratos: o dever de reequilibrar os aspectos econômicos e financeiros abalado pelo fato exógeno ao ajuste<sup>413</sup>.

---

<sup>410</sup> Visto ser a matéria de distribuição de riscos a que mais afeta a esfera contratual, sustenta-se, nesta investigação, que, mesmo nas concessões comuns, será possível partilhar esses riscos, ainda que não exista norma expressa autorizativa, como ocorre no caso das parcerias público-privadas. No mesmo sentido, ver PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006. ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. As tarifas e as demais formas de remuneração no serviço público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39. MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 170.

<sup>411</sup> Conforme esclarece José Crettela Júnior: “Ao passo que a teoria da imprevisão está subordinada a fatos independentes da vontade da Administração e do concessionário e que originam a *álea* econômica, o fato do príncipe pressupõe um ato voluntário da Administração e que nos coloca em face da *álea* administrativa.” (CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do Fato do Príncipe. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25735>>. Acesso em 13 out. 2017).

<sup>412</sup> Cf. PELLEGRINO, Carlos Roberto. Os Contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1990. p. 80. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 345. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324.

<sup>413</sup> Essa é a visão de Eros Roberto Grau e Paula Forgioni: “A tradicional distinção feita pela doutrina entre o fato do príncipe e a teoria da imprevisão é reproduzida repetidamente por todos. Tanto um quanto a outra são fundamentos suficientes para autorizar a modificação dos chamados contratos administrativos; trata-se de ‘técnicas de garantia do equilíbrio econômico’. Diz-se, porém, que na primeira hipótese a Administração

Mas há um ponto a acrescentar que agrega pragmatismo à distinção. Bem vistas as coisas, não faz sentido partilhar riscos englobados no conceito *lato* de fato do príncipe, que se originam de medidas governamentais (independente da esfera federativa). Trata-se de um risco eminentemente estatal. Sendo o fato do príncipe fruto de medida governamental lícita - ainda que o legislador tenha admitido que o impacto da sua ocorrência seja compartilhado entre os contratantes, conforme expressamente referido no artigo 5º, inciso III, da Lei n.º 11.079/04 - a racionalidade econômica não induz que essa seja a melhor estratégia.

Isso porque não há qualquer controle do cocontratante sobre medidas governamentais futuras e oriundas de distintas esferas federativas, bem como não há qualquer ação preventiva mitigatória desse risco que se localize no domínio de ação do particular, o que sugere, como regra, que a assunção de tal risco seja absorvida pelo contraente público.

No universo da teoria da imprevisão na dimensão ora perspectivada, a inesperada e superveniente contingência não é provocada diretamente por algum ato estatal, mas por ocorrência inteiramente estranha à vontade dos contratantes. Aqui, à luz de um juízo de equidade e justiça, a partilha desse risco se dota de razoabilidade<sup>414</sup>, podendo-se cogitar de solução similar àquela engendrada para os contratos privados.

Mediante formulação mais sintética: se nem o fato do príncipe e a teoria da imprevisão são “gerenciáveis” por quaisquer dos contratantes, não se podendo cogitar de medidas mitigadoras de natureza atenuadora, a sua origem - conforme posicionamento adotado nesta investigação - é distinta: o fato do príncipe decorre necessariamente de

---

está obrigada a indenizar o total das perdas sofridas pelo concessionário, ao passo que, na segunda, a *álea* econômica há de ser suportada por ambas as partes. Esse debate perde relevância entre nós, visto que, para azar da doutrina, o tratamento dado pelo sistema jurídico brasileiro a ambas as hipóteses, ao contrário do que acontece na França, é bastante semelhante, delas fazendo decorrer o mesmo efeito: o dever da Administração de recompor o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Tanto num quanto n'outro caso, a revisão se impõe simplesmente porque houve um fato imprevisível, que desequilibrava a equação econômica inicial (e que não decorreu de ato da concessionária). É o quanto basta. A Lei de Licitações abarca no mesmo inciso tanto a imprevisão quanto o fato do príncipe (art. 65, II, d), atribuindo-lhes idêntica consequência jurídica. Igualmente, a Lei de Concessões refere-se tão-somente à manutenção das condições do contrato, sem distinguir imprevisão e fato do príncipe.” (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Q Estado, a Empresa e o Contrato. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116 - 117).

<sup>414</sup> Este é o pensamento de Diogo Freitas Do Amaral: “A teoria da imprevisão intervém então com a finalidade de assegurar a continuidade do serviço público ou da obra pública, repartindo a *álea* (econômica) pelos dois contraentes ao impor à entidade pública que venha em ajuda da contraparte em dificuldades para lhe permitir prosseguir o cumprimento do contrato. Noutros termos: se o contrato administrativo tiver de ser executado em conjuntura econômica que subverta o equilíbrio financeiro estabelecido e que não tivesse podido ser prevista no momento da celebração, a Administração deve partilhar os prejuízos verificados ou rever o contrato por forma a restabelecer a base de justiça comutativa, essencial ao reconhecimento legal da respectiva validade.” (AMARAL, Diogo Freitas. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 643 – 644. v. II)

medidas governamental e estatal, ao passo que a teoria da imprevisão resulta de acontecimentos imprevistos, mas que não estão diretamente conectados a um ato estatal, ainda que possam reflexamente dele decorrer (no caso de crise econômica, por exemplo).

Faz mais sentido, ao ângulo da racionalidade econômica, da razoabilidade e da equidade, que se cogite de partilha de riscos entre as partes quando da incidência da teoria da imprevisão. No que se refere aos impactos emanados de fato do príncipe, em razão da sua origem estatal, parece melhor que sejam assumidos exclusivamente pelo contraente público<sup>415</sup>.

Imputar ao cocontratante - de forma integral ou partilhada - os riscos de medidas genéricas de cariz geral e abstrato editadas pelos entes públicos, independente da esfera à qual pertençam, poderá implicar indesejável precificação desse risco na formulação da proposta na licitação, o que poderá ser prejudicial ao próprio atendimento do interesse público.

Assim, hodiernamente, a legítima expectativa é que os desafios inerentes à mutabilidade encontrem - observada a moldura legal - respostas mais seguras no contrato de concessão. Nessa arena, a conjuntura factual daquela determinada realidade terá sido fotografada na sua singular inteireza. Conforme aqui sustentado, existem boas razões para que a alocação de riscos obedeça a distintos critérios, conforme a ocorrência seja qualificada como fato do príncipe ou imprevisão.

No contexto europeu e em uma visão mais ampliada da questão, a problemática de regulações exógenas aos contratos se põe com maior intensidade, podendo sofrer impactos não apenas dos distintos centros e níveis de poder de cada país, mas, também, das entidades e agências europeias aptas a editarem normas ou mesmo tomarem decisões de cunho geral e abstrato<sup>416</sup>, mas que apresentem efeitos extensivos e especiais em determinadas relações contratuais.

---

<sup>415</sup> Nas palavras de José Cretella Junior: “A teoria da imprevisão tem por finalidade fazer com que a Administração participe, até certo ponto e temporariamente, dos prejuízos sofridos pelo contratante. Não tem por objetivo reparar um dano. O fato do príncipe, ao contrário, tem por escopo, quando influi sobre a situação econômica do contratante, outorgar-lhe o direito de exigir a reparação definitiva do prejuízo causado pela Administração, sob o aspecto da supletivação de preço. Exige a equidade que o contratante não sofra prejuízo, nem mesmo uma diminuição de sua renda, em consequência de medida tomada pela Administração. O fato do príncipe é uma aplicação da teoria geral da reparação equitativa do dano causado por iniciativa alheia”. (CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do Fato do Príncipe. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25735>>. Acesso em: 13 out. 2017). Na França, sustentando essa diferenciação ver RICHER, Laurent. Droit des Contrats Administratifs. 7. ed. Paris: LGDJ, 2010. p. 270. Em Portugal, adotando a mesma orientação ver PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto. O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 2012. p. 70 - 71.

<sup>416</sup> Cláudia Viana aduz: “Nessa medida, será difícil – rectius, inexplicável – doravante sustentar que o direito comunitário da contratação pública esgota-se nas directivas e que em relação aos demais contratos, os legisladores são livres de aprovar a respectiva regulação. É certo que, como já vimos, não era assim, mas



Licínio Lopes Martins (2015)<sup>417</sup> expõe que essa dinâmica da pluralização da organização administrativa, com a correlativa diversificação dos centros de poder, é suscetível de criar situações de concurso ou de confluência de efeitos equivalentes ao clássico *fait du prince*.

Martins prossegue asseverando, assertivamente, que esse conjunto potencial de circunstâncias não deve necessariamente ser qualificado como anormal e imprevisível para fins de reequilibrar o contrato e que a essa estratificação multinível, nacional e transnacional, dos poderes decisório, de *governance* e de regulação, confere a certos tipos de contratos uma dimensão multilateral, poligonal ou multipolar.

O supracitado autor arremata o raciocínio aduzindo que

se o *factum principis* devido à própria entidade pública contratante pode ser objeto de enquadramento contratual, sendo aí assumido como um risco (contratual), gerador de desequilíbrio, então não se vê por que não possam merecer um tratamento semelhante a outros riscos - riscos que tenham por fonte um *factum principis* diluído ou difuso. (MARTINS, 2015)

O referido posicionamento coincide exatamente com um dos eixos centrais desta tese: a constatação de que existe uma zona evolutiva da mutabilidade nos contratos de concessão a ser preenchida, consistente, entre outras dimensões, na maximização do enquadramento contratual dos riscos, seja com a decomposição de cunho mais analítico e objetivo dos eventos e das suas consequências - desde que assim seja possível - ou, quando menos, da conformação das balizas orientadoras da atribuição de responsabilidades a partir da origem dos eventos e daquela parte que suportará eventual onerosidade excessiva.

Desse modo, avançando nessa temática, caberá à regulação do contrato de concessão decompor as distintas características e possibilidades de ocorrência do gênero

---

na prática, e como o demonstram os processos de incumprimento, os Estados-Membros refugiavam-se – refugiam-se – no âmbito limitado de aplicação das directivas e na ausência de uma disposição de direito originário para regularem, quase – ou mesmo – livremente, os contratos não abrangidos pelas directivas. Desta positividade legislativa resulta, assim, uma redução assinalável da margem de liberdade dos legisladores nacionais na regulação dos contratos públicos e, na medida em que estes o permitem, das entidades adjudicantes em sede dos procedimentos pré-contratuais levados a cabo, com implicações ainda, e como vimos, em sede de celebração e execução do contrato. Acresce o reconhecimento do caráter instrumental das directivas, que visam garantir a aplicação dos princípios comunitários em relação aos contratos que regulam, e ainda da obrigação da sua interpretação em conformidade com os princípios comunitários.” (VIANA, Cláudia. Os princípios comunitários na contratação pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 347 - 348). Sobre o tema ver BRÉCHON-MOULÉNES, Cristine. *L’effectivité de la concurrence dans es marches publics: les recours*. In: AA.VV. *L’Europe et les marches publics*. Paris: Eyrolles, 1994. p. 26. FREITAS, Lourenço Vilhena de. Os contratos de direito público da União Europeia no quadro do direito administrativo europeu. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 453. v. II e ss.

<sup>417</sup> MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de Obras Públicas. O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Económico-Financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 629 - 630.

fato do príncipe, assim descrevendo as ocorrências fáticas e correlacionando, na medida do possível e da própria racionalidade humana, com as supervenientes consequências a serem arcadas por todos contraentes, conferindo previsibilidade à mutabilidade.

Como já antecipado, não se trata de depositar no contrato de concessão todas as esperanças de regular exaustivamente a matéria, mas, simplesmente, endereçar a ideia de que a matriz de risco pode dizer mais do que mera referência genérica à figura conceitual do fato do príncipe.

Reforça-se esse ponto, a circunstância de que o fato do príncipe decorreu, como abordado, de uma importação acrítica da construção jurisprudencial francesa, não sendo uma categoria de mutação dos contratos administrativos que apresente contornos absolutos, uniformes, precisos e homogêneos. Por isso que não basta uma invocação vaga e abrangente do instituto no instrumento contratual para solucionar automaticamente todos os problemas que as medidas estatais, genéricas, abstratas e lícitas podem suscitar nos contratos de concessão.

Ao menos no Brasil, o que de mais concreto o ordenamento jurídico produziu sobre a matéria foi a disciplina do §5º, do artigo 65, da Lei n.º 8.666/3<sup>418</sup> e do §3º, do artigo 9º, da Lei n.º 8.987/95<sup>419</sup>, sendo costumeiramente apontados pela doutrina<sup>420</sup> como típicas hipóteses de fato do príncipe. Reconhecem, os referidos dispositivos legais, que a superveniência na criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais que, comprovadamente, impactem nos preços, implicarão em direito de reposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Por certo, a preocupação com os tributos é relevante e prudente, visto que projetos de longa duração se sujeitam, evidentemente, às mudanças intensas da carga tributária, não sendo uma variável que esteja sob o controle do contraente público. No Brasil, onde a competência para tributar se distribui entre União, Estados e Municípios, essa variável se torna ainda mais imprevisível e com maior probabilidade de impactar, com alguma

---

<sup>418</sup> Assim dispõe o referido §5º, do art. 65: “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.”

<sup>419</sup> Assim dispõe o §3º do art. 9º, da Lei n.º 8.987/95: “Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

<sup>420</sup> Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 243 e ss. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 190 e ss. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 758 e ss. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 384.

frequência, a execução do contrato de concessão - ressalva essa feita ao Imposto de Renda, em razão do seu fato gerador e da circunstância de tratar-se de tributo que não provoca impacto interno no contrato de concessão<sup>421</sup>.

Note-se bem que as referidas normas legais não circunscrevem o fato do príncipe apenas aos tributos, mas mencionam, também, futuros “encargos legais”, o que expande o seu campo de aplicação para outras espécies de obrigações supervenientes que abalem a relação concessional duradoura, densificando a racionalidade de que essa categoria de modificação dos contratos se relaciona diretamente com atos de governo supervenientes que produzam constrangimentos ao equilíbrio e à estabilidade do contrato de concessão.

Outro aspecto relevante a destacar é que a conexão entre fato do príncipe e a estatalidade não condiciona o seu campo de alcance apenas aos atos legislativos em sentido formal ou material. Pode-se enquadrar como fato do príncipe, por exemplo, a edição de regulamentos pelo Poder Executivo<sup>422</sup> ou mesmo atos emanados do poder normativo das Agências Reguladoras, desde que ostentem uma natureza genérica e abstrata, não tendo sido produzidos para atingir apenas um destinatário específico.

Noutros termos, o objetivo do ato normativo não é vocacionado a disciplinar uma situação concreta, mas ao atendimento de um interesse público *lato*, ainda que, conseqüentemente, a medida estatal produza efeitos ou abalos na relação contratual concessional. Por isso, a qualificação de determinada medida governamental como fato do príncipe deverá, sempre, ser exógena ao contrato, ou seja, fruto de um poder extroverso exercido sem o deliberado intuito de atingir especificamente uma determinada relação contratual.

Malgrado a ocorrência do fato do príncipe esteja costumeiramente associada à edição de atos normativos, também, nele, se compreendem decisões estatais no exercício

---

<sup>421</sup> Nas palavras de Marçal Justen Filho: “É necessário, porém, um vínculo direto entre encargo e a prestação. Por isso, a lei que aumentar a alíquota do imposto de renda não justificará alteração do valor contratual. O imposto de renda incide sobre resultado das atividades empresariais, consideradas globalmente (lucro tributável). O valor percebido pelo particular será sujeito, juntamente com o resultado das atividades, à incidência tributária. Se a alíquota for elevada, o lucro final poderá ser inferior. Mas não haverá relação direta de causalidade que caracterize rompimento do equilíbrio econômico-financeiro” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 556).

<sup>422</sup> José Carlos Vieira de Andrade sustenta que “o fato do príncipe consiste no poder do Estado e de outras entidades públicas, no exercício de poderes normativos gerais, causarem diretamente ou especificamente a modificação das cláusulas contratuais (ou, como veremos, a resolução do contrato). Trata-se, em regra, de decisão de soberania político-legislativa (por via geral e abstracta ou através de uma lei ou de uma medida política concreta), mas pode também consistir no exercício de autoridade regulamentar”. (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Lições de Direito Administrativo. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013. p. 259).

de uma função administrativa<sup>423</sup> ou operações de natureza material próprias de medidas executivas, desde que dotadas de abstração e generalidade e não vocacionadas para atingir especificamente um determinado contrato.

De todo modo, independente da natureza da medida governamental (legislativa, regulamentar ou administrativa), é razoável supor que não operam, como regra, efeitos automáticos no contrato.

Em outras palavras, considerando as potenciais variações de impacto que as medidas governamentais poderão causar em cada contrato de concessão, será necessária uma operação hermenêutica para reconhecer a sua incidência na relação contratualizada, a ser posteriormente formalizada em ato próprio (termo aditivo), que presentifique as novas condições do contrato. Aqui, o aspecto temporal é igualmente relevante, sob pena de atrasos excessivos no reconhecimento do impacto da medida governamental provocarem desnecessários desequilíbrios na economia original do ajuste ou, o que é pior, posteriores contenciosos administrativos ou judiciais.

Em se tratando da dimensão que o fato do príncipe provoca na modificabilidade dos contratos de concessão (e não do seu eventual efeito resolutivo), a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se desdobra como uma consequência inerente ao reconhecimento da sua ocorrência. Segue daí a importância de decompor as possíveis e distintas situações de fato do príncipe no contrato de concessão, porquanto poderão suscitar diferentes formas de reequilibrar o contrato, podendo variar em razão da natureza da medida governamental editada e da própria intensidade da ação perturbadora na estabilidade do contrato.

Anote-se que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pode dar-se a favor de quaisquer das partes contratantes, conquanto seja, presumidamente, mais corriqueira e costumeira a revisão do contrato a favor do cocontratante.

---

<sup>423</sup> Ver GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos. Coimbra: Almedina, 1999. p. 260. KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos. O Exercício Contratualizado do Poder Administrativo de Decisão Unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 435. ARAGÃO, Alexandre Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 345. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDES, Tomás-Ramon. Curso de derecho administrativo. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000. PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Barcelona: Marcial Pons, 1998. RICHER, Laurent. Droit des Contrats Administratifs. 7. Ed. Paris: L.G.D.J, 2010. p. 286 - 287. GAUDEMET, Yves. Traité de droit administratif. Paris: L.G.D.J, 2001.

### 3.5 O Fato da Administração

O fato da Administração é, também, causa de modificação dos contratos administrativos (aqui com enfoque maior nos contratos de concessão) e apresenta feições e atributos próprios que o distinguem das demais categorias tradicionais que, comumente, expressam a mutabilidade na sua acepção mais genérica.

A construção dos contornos conceituais do fato da Administração guarda relativo consenso na doutrina brasileira<sup>424</sup>, revelando as seguintes características: a) como o próprio nome já sinaliza, cuida-se de ato ou medida estatal; b) ao contrário do que ocorre com o fato do príncipe, a autoridade administrativa pratica o ato na qualidade de contraente público e não no exercício de suas competências soberanas voltadas ao atendimento de necessidades gerais e abstratas; c) as suas consequências repercutem diretamente no contrato e no seu equilíbrio econômico-financeiro, porquanto são medidas adotadas pelo contraente público na qualidade de parte do contrato concessional; d) o comportamento do contraente público se conecta a condutas comissivas ou omissivas que configuram algum inadimplemento ou irregularidade<sup>425</sup>; e) conforme as consequências da conduta irregular do contraente público enquanto parte no contrato de concessão, poderá o ajuste ser extinto ou modificado, com a reposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (ou mesmo indenização)<sup>426</sup>, sendo integralmente assumida pelo contraente público, pois a causa do desequilíbrio está diretamente ligada a uma conduta, comissiva ou omissiva, reveladora de alguma espécie de inadimplemento ou mesmo irregularidade.

---

<sup>424</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 239. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 670 - 671. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324 - 327. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 397 - 398. ARAGÃO, Alexandre. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 344 - 345. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 245. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 658. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 189.

<sup>425</sup> Conferem destaque a esse aspecto MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 670 - 671 e JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 397 - 398.

<sup>426</sup> Marçal Justen Filho sustenta que sendo o fato da administração ilícito contratual gera o dever de indenizar o particular por perdas e danos, mas que, na maior parte dos casos, o contratante prefere a adoção do equilíbrio econômico-financeiro por ser solução mais simples e prática. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 397 - 398.

Nesse sentido, torna-se curioso notar que não há, no ordenamento jurídico, previsão que aluda à nomenclatura “fato da administração”, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com o fato do príncipe, expressamente mencionado no artigo 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93 e no artigo 5º, inciso III, da Lei n.º 11.079/04, apesar de determinadas situações consideradas como ilícitos contratuais estejam genericamente descritas em dispositivos esparsos<sup>427</sup>.

Mas a ausência de uma definição legal no ordenamento jurídico não vem sendo impeditiva da aceitação do fato da administração como causa de modificação ou mesmo de resolução do contrato, inclusive, pela jurisprudência, que reconhece a sua aplicabilidade nos contratos administrativos<sup>428</sup>.

Os exemplos apontados pela doutrina, como condutas enquadráveis no gênero fato da administração, englobam, comumente, a não liberação de áreas para a realização de obras e serviços, a não adoção das providências relativas às desapropriações necessárias para a consecução do objeto ou mesmo o atraso nos pagamentos<sup>429</sup>. É claro que elas não se esgotam nesses exemplos, estando coberto pelo manto do fato da administração todo e qualquer inadimplemento praticado pelo contraente público como parte no contrato.

Se não é possível tipificar ou esgotar todas as hipóteses de inadimplemento ou irregularidades do contraente público, o simples enquadramento da conduta ou comportamento na categoria jurídica “fato da administração” já auxilia o intérprete na resolução dos problemas e na identificação das consequências possíveis de serem extraídas da ação ou omissão administrativa, tratando-se de um evento cujo ressarcimento ou cuja reparação caberá integralmente ao contraente público, não cabendo qualquer cogitação acerca de eventual compartilhamento desse risco.

---

<sup>427</sup> Como referido no art. 78, inciso XV e XVI da Lei n.º 8.666/93 que admitem, respectivamente, a rescisão do contrato em caso de atraso de pagamento e da não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução da obra, serviço ou fornecimento.

<sup>428</sup> A jurisprudência brasileira adota similar noção doutrinária de fato da administração, porém não tende a classificá-lo, sempre abordando tal conceito de forma similar ao fato do príncipe e à força maior, vez que entende que as consequências são idênticas. Sobre o tema, ver STJ – AgInt no Resp n.º 1.237.376/RJ. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data do Julgamento: 01/12/2016. STJ – Resp n.º 524.811/CE. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Data do Julgamento: 14/12/2004. TCU – Acórdão n.º 2927/2011. Plenário. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data do Julgamento: 01/12/2016. TCU – Acórdão n.º 1572/2002. Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Data do Julgamento: 20/11/2002. TCU – TC n.º 015.368/2003-1. Relator: Benjamin Zymler. Data do Julgamento: 10/03/2015.

<sup>429</sup> Por todos, vejam-se os exemplos cogitados por Hely Lopes Meirelles: “É o que ocorre, p.ex, quando a Administração deixa de entregar o local da obra do serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou atrasa os pagamentos por longo tempo, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte (art. 78, XIV a XVI).” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 239.

No entanto, isso não significa que a regulação do contrato de concessão não deva agregar objetividade e concretude na disciplina jurídica dos requisitos e consequências de condutas do contraente público qualificáveis como fato da administração. Volta-se aqui a um dos eixos centrais desta tese, a saber, o reconhecimento de que existe um campo de normatividade contratual a ser explorado, que pode conferir maior segurança jurídica e eficiência na disciplina da mutabilidade, conferindo, ainda, na medida do possível, maior previsibilidade às supervenientes ocorrências que possam impactar o contrato de concessão e o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Assim, deve a alocação de riscos contratual decompor objetivamente quais são as situações que podem, com maior probabilidade, ensejar comportamentos irregulares ou inadimplementos por parte do contraente público, evitando referências de cunho mais genérico, que pouco contribuem para um mosaico de riscos que cumpra as suas reais finalidades.

Logo, poderão constar na matriz de riscos as consequências para omissões que envolvam atrasos nas desapropriações, na liberação das áreas, nos pagamentos devidos ao cocontratante e, principalmente, as consequências e medidas protetivas e reparatórias às quais fará jus.

Poder-se-ia argumentar que não haveria incentivo, inclusive, econômico, para o contraente público decompor essas situações na regulação do contrato de concessão, já que, em tese, as consequências seriam por ele suportadas. Trata-se de visão estreita e inteiramente desalinhada ao interesse público primário e eis que deve o contraente público zelar por uma regulação do contrato de concessão que não seja excessiva e desproporcionalmente rigorosa com os direitos e as obrigações do cocontratante e convenientemente complacente com as suas próprias obrigações e, principalmente, com as consequências dos seus atos quando evitados de vícios.

Como abordado no Capítulo 2, essas relações concessionais duradouras devem orientar-se por comportamentos e condutas de boa-fé, solidariedade e mútua cooperação, o que significa, entre outras medidas, conferir previsibilidade à mutabilidade, de modo que as partes conheçam, tanto quanto possível, as consequências das suas ações e omissões. Também, por essa razão, quanto mais dialógica e aberta a fase de concepção e estruturação do contrato de concessão, menor será, em tese, a tendência assimétrica de previsão de cláusulas que se revelem excessivamente generosas e benevolentes com os comportamentos e condutas irregulares do próprio contraente público.

Ainda no campo das possíveis zonas evolutivas na regulação da mutabilidade, aqui, com especial enfoque no fato da administração, já se esclareceu que a sua ocorrência pode gerar a modificação ou mesmo a extinção do contrato. A regulação do contrato de concessão pode distinguir as situações de modificação - e consequente reequilíbrio econômico-financeiro do contrato - ou mesmo de extinção.

Suponha-se que o contraente público tenha se obrigado a desapropriar determinadas áreas como uma obrigação prévia e condicionante do próprio início do contrato de concessão. Até um determinado momento, o cumprimento da obrigação estatal, ainda que tardio, poderá ser implementado desde que restaurado o equilíbrio econômico-financeiro a favor do cocontratante. Estar-se-ia, nesse caso, no campo da mora no cumprimento da obrigação, mas, ainda assim, a desapropriação seria possível e útil para as finalidades primaciais do contrato.

Nada impediria, entretanto, que o próprio contrato de concessão definisse um prazo máximo delimitador da mora e do inadimplemento, nesse sentido, exonerando o cocontratante das suas obrigações e estabelecendo a responsabilização dos agentes públicos que, eventualmente, tenham-se mostrado desidiosos no cumprimento das suas obrigações. Assim, na hipótese cogitada, ultrapassado o prazo estipulado no contrato (transmutando-se a mora em inadimplemento), poderia o cocontratante ser liberado da execução das suas obrigações, assegurando-lhe, dessa forma, o direito à justa indenização no contexto da própria extinção do ajuste.

Numa perspectiva mais ampla, uma das propostas interpretativas que orienta esta tese se calca na premissa de que cabe à regulação do contrato de concessão avançar, nos limites da racionalidade humana, na identificação das causas da mutabilidade, na atribuição de responsabilidade entre as partes, na definição das consequências e extensão dos riscos assumidos, nas medidas mitigadoras ou atenuadoras possíveis de serem adotadas e, principalmente, em uma procedimentalização que se revele maximizadora da previsibilidade na mutabilidade.

### 3.6 As Sujeições Imprevistas

Outra causa modificativa dos contratos administrativos e, por conseguinte, também dos contratos de concessão, consiste na ocorrência material que interfere na execução do objeto, mas que não foi prevista no momento da estruturação do projeto



concessional. Conforme ensinam os franceses, são as denominadas *sujétions imprévues*<sup>430</sup>.

A principal nota caracterizadora de uma sujeição imprevista é que a ocorrência material somente é conhecida durante a execução do contrato de concessão, apesar de ser preexistente. Em outros termos, o obstáculo material já existia antes do início do projeto concessional, mas não poderia ter sido previsto porque apenas no momento da execução do objeto é que efetivamente a sua revelação ou descoberta seria passível de ser descortinada<sup>431</sup>.

Assim como ocorre com as demais causas examinadas de mutações dos contratos de concessão, a ocorrência de uma sujeição imprevista, a depender do impacto produzido, pode acarretar extinção do ajuste ou implicar sua modificação, com o indispensável rearranjo dos custos, das obrigações e, conseqüentemente, da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ajustado.

Nesse sentido, muito comum nos contratos de empreitada de obras públicas, exemplos clássicos de sujeições imprevistas, são as falhas geológicas do terreno, a identificação de uma pedra subterrânea ou a formação rochosa ou mesmo a existência de dutos ou tubulação não identificados nos projetos de engenharia. São hipóteses de condições materiais que somente poderiam ser descobertas após a efetiva escavação e início da execução do contrato e que não poderiam ser detectadas nos projetos de engenharia nem nas sondagens e nos estudos preliminares.

As sujeições imprevistas não se confundem com erros de projeto. Para que um evento se qualifique como uma circunstância ou interferência imprevista e, por conseguinte, atraia as suas conseqüências e soluções jurídicas, adiante examinadas, é necessário que o projeto concessional não tenha incorrido em erro ou defeito na sua

---

<sup>430</sup> LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLVÉ, Pierre. Traité des Contrats Administratifs. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984. p. 499. T. II.

<sup>431</sup>Cf DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 329 - 330). Sobre o tema, ver JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 895. RIBEIRO, Mauricio Portugal. Riscos de remoção, remanejamento e instalação de interferências e acidentes com interferências em concessões e PPPs. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 4, n. 6, p. 121-135, set. 2014/fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=231006>>. Acesso em: 10 jan. 2018. VILAR, Helen Louize Lima Marques. Inexecução do contrato administrativo. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, Ano 10, n. 112, 50-55, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=72753>>. Acesso em: 10 jan. 2018. DALLARI, Adilson Abreu. Contrato de Obra Pública - Circunstâncias que Determinam a Alteração do Projeto - Acréscimo de valor Superior a 25% do Valor Inicial do Contrato - Aditamento - Viabilidade Jurídica (Parecer). Interesse Público – IP, Belo Horizonte, Ano 6, n. 25, mai./jun. 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=50490>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

estruturção. Em se tratando de falha de projeto, a responsabilização deverá ser atribuída ao agente encarregado da sua elaboração, constatação essa que decorre do princípio geral de Direito, segundo o qual aquele que causa dano a outrem deve repará-lo, conforme, aliás, expressamente prevê o artigo 186 do Código Civil<sup>432</sup>.

A delimitação entre a ocorrência de uma sujeição imprevista e o erro de projeto pode ser bastante tênue, sendo matéria essencialmente técnica, escapando de uma apreciação de cunho jurídico. Apenas os *experts* e conhecedores do estado da arte e dos padrões científicos do setor envolvido (como os da engenharia, geologia, arquitetura, dentre outras áreas) poderão definir, à luz das especificidades do caso concreto, se a ocorrência material poderia ou não ter sido prevista, identificando se a responsabilização era exclusiva do estruturador do projeto ou se havia um concurso de causas a gerar uma responsabilização concorrente.

Também não se confunde a sujeição imprevista com a teoria da imprevisão, porquanto naquela a ocorrência material é pretérita e preexistente, ao passo que nesta o evento ensejador do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato é superveniente, com a sua ocorrência perfazendo-se durante a sua execução<sup>433</sup>. Tem prevalecido, entretanto, o entendimento de que a solução jurídica da sujeição imprevista deve ser a mesma cogitada pela teoria da imprevisão<sup>434</sup>, o que implicaria, necessariamente, na assunção de todo o ônus pelo contraente público.

---

<sup>432</sup> Assim dispõe o art. 186 do Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

<sup>433</sup> Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 240. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 396. No mesmo sentido, mas utilizando a denominação “fatos imprevistos” ver FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 525. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 295. ARAGÃO, Alexandre. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 346.

<sup>434</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 329-330. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 240. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. Revista do Advogado, São Paulo, n. 107, p. 25-32, dez. 2009. DIÓGENES, Aline Guimarães; MARTINS, Francisco Giuseppe Donato; GARCIA, Leonardo Lopes. Procedimentos de reajustes e revisões nos contratos de arrendamentos portuários operacionais de uso público: o caso da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp). Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, Ano 11, n. 132, p. 9-26, dez. 2012. BERÇAITS, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 443. RIBEIRO, Mauricio Portugal. Riscos de remoção, remanejamento e instalação de interferências e acidentes com interferências em concessões e PPPs. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 4, n. 6, p. 121-135, set. 2014/fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=231006>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

No campo dos contratos de concessão, as sujeições imprevistas devem ser reguladas na matriz de risco, sem embargo de serem maiores as dificuldades para avançar previamente em delimitação mais precisa das responsabilidades e medidas mitigatórias.

Como se trata de uma ocorrência absolutamente ignorada pelas partes quando da execução do contrato de concessão e estranha à vontade de ambas, pode fazer mais sentido - assim como na teoria da imprevisão - promover uma gestão negativa dos riscos, sem alocar *ex ante* responsabilidades absolutas, porquanto soluções contratuais preconcebidas, que não levem em consideração a natureza da ocorrência material e a sua extensão, poderão não se revelar eficientes para atender ao interesse dos contratantes e, principalmente, para a concretização do interesse público.

Existem espaços de incompletude deliberada, como exposto no Capítulo 2, que podem induzir uma gestão negativa dos riscos, delegando às partes maior liberdade para conceber uma solução consensual *ex post* que seja mais eficiente, racional e equitativa. Sem conhecer previamente as especificidades e o impacto que a sujeição imprevista possa causar na execução do objeto, bem como a própria perturbação ocasionada no equilíbrio econômico-financeiro ajustado inicialmente, o excesso de vinculação na gestão positiva dos riscos pode apresentar-se como uma solução ineficiente e promovedora, ainda que indiretamente, de indesejáveis litígios.

Por isso que a gestão e a boa governação dos contratos de concessão são fundamentais, conciliando e harmonizando estruturas regulatórias, contratuais e institucionais que possam lidar com situações e ocorrências que escapam do controle e da vontade das partes contratantes e que, na maioria das vezes, não encerram soluções simples, preconcebidas ou mesmo unilateralmente impostas.

É interessante observar que a sujeição imprevista, não obstante seja objeto de referência explícita na doutrina brasileira<sup>435</sup>, aqui, novamente com evidente inspiração francesa e com aceitação na jurisprudência<sup>436</sup>, não encontra positividade no ordenamento jurídico nem mesmo conceituação legal que faça referência às características

---

<sup>435</sup> Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 240. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 396. No mesmo sentido, mas utilizando a denominação “fatos imprevistos”, ver FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 525. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 295. ARAGÃO, Alexandre. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 346.

<sup>436</sup> Cf. TCU – TC n.º 017.547/2011-3. Primeira Câmara. Relator: Benjamin Zymler Data da sessão: 12/08/2014. TJDF - Ap n.º 0018583-30.2001.807.0001. 5ª Turma Cível. Relator: Nilsoni de Freitas Custódio. Data da sessão: 05/08/2010. TJRN - Ap. n.º 2010.009621-5. 3ª Câmara Cível. Relator: Vivaldo Pinheiro. Data da sessão: 13/12/2010. TJMG - AP n.º 10559100002737001. 2ª Câmara Cível. Relator: Marcelo Rodrigues. Data da sessão: 19/09/2014.

supraexpostas. Tudo isso bem reforça a centralidade da doutrina na formação do Direito Administrativo brasileiro e a influência recebida do Direito francês.

### 3.7 Caso Fortuito e Força Maior

Outra causa tradicional de mutação dos contratos administrativos (aqui com enfoque especial nos contratos de concessão) é a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Não há uniformidade no Direito brasileiro acerca da distinção conceitual entre ambos.

Isso decorre do tratamento conferido pelo Código Civil, que, além de não estabelecer diferenças entre as duas categorias, atribuiu-lhes idênticas consequências. No entanto, é possível extrair da disciplina jurídica que a ocorrência do caso fortuito ou força maior está diretamente ligada à superveniência de fatos imprevisíveis e inevitáveis<sup>437</sup>, exonerando o devedor de responder pelos prejuízos deles decorrentes, salvo se não houver se responsabilizado expressamente por eles<sup>438</sup>. Contudo, para que ocorra o afastamento da responsabilidade, é forçoso que o evento imprevisível e inevitável não tenha sido causado ou provocado pela parte<sup>439</sup>.

A doutrina diverge com relação à origem do caso fortuito e da força maior. O ponto reside em saber se o fato considerado imprevisível ou inevitável decorreu de um evento humano ou da natureza<sup>440</sup>. No campo dos administrativistas, tem prevalecido a

---

<sup>437</sup> No plano do Direito Civil, identificam essas características no caso fortuito ou força maior: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 355; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das obrigações. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 346. VARELA, J. M. Antunes. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 71. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 353 - 355. DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 93 - 94. Fazendo referência ao art. 393, parágrafo único do Código Civil e assumindo as características da imprevisibilidade e inevitabilidade como próprias do caso fortuito ou força maior no universo dos contratos administrativos ver MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 237 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 222.

<sup>438</sup> Dispõe o art. 393, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro: “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

<sup>439</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 238.

<sup>440</sup> Arnaldo Rizzardo trata dessa divergência na doutrina: “Relativamente às expressões, Pontes de Miranda traz à tona a distinção que já havia feito Lacerda de Almeida: ‘Força maior diz-se mais propriamente de acontecimento insólito, de impossível ou difícil previsto, tal uma extraordinária seca, uma inundação, um incêndio, um tufão; caso fortuito é um sucesso previsto, mas fatal como a morte, a doença, etc.’. Em seguida, porém, adverte: ‘A distinção entre força maior e caso fortuito só teria de ser feita, só seria importante, se as regras jurídicas a respeito daquela e desse fossem diferentes’, o que não se verifica, pois o Código empresta o mesmo significado às expressões. Considerou força maior ou o caso fortuito o

ideia de que o caso fortuito decorre de eventos da natureza (como tempestades, inundações, ciclones ou epidemias) e a força maior advém de acontecimentos originados a partir da ação humana (como greve, atos de terrorismo ou guerras)<sup>441</sup>. Como as consequências são idênticas, a distinção perde relevância<sup>442</sup>, valendo a conceituação que foi estipulada no contrato mediante o exercício da autonomia das partes em aderir a uma ou outra posição.

Ao contrário do Direito francês, que disciplina o caso fortuito e a força maior como hipóteses de inexecução do contrato<sup>443</sup>, no Brasil<sup>444</sup>, no universo dos contratos administrativos, essa categoria de eventos pode ser causa de extinção do ajuste<sup>445</sup> ou apenas da sua modificação por meio de acordo de vontade das partes<sup>446</sup>. Se a ocorrência do caso fortuito ou força maior tornar impeditiva a execução do contrato, a consequência será a sua extinção. Caso, entretanto, ainda seja viável a sua continuidade - o que deve ser considerado o percurso preferencial em razão do princípio da conservação dos negócios jurídicos -, modifica-se o contrato a partir de uma alteração bilateral<sup>447</sup>.

---

acontecimento, previsível ou não, que causa danos e cujas consequências são inevitáveis. [...] vale transcrever a distinção feita por Mário Júlio de Almeida Costa: “[...] o caso fortuito representa o desenvolvimento de forças naturais a que se mantém estranha a ação do homem (inundações, incêndios, a morte, etc.) e o caso de força maior consiste num facto de terceiro (a prisão, o roubo, uma ordem de autoridade, etc.)” (RIZZARDO, Arnaldo. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 509 - 510).

<sup>441</sup> Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 237. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 222. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 396.

<sup>442</sup> Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 246.

<sup>443</sup> Cf. RICHER, Laurent; LICHÈRE, François. Droit des contrats administratifs. 10. ed. Paris: LGDJ, 2016. p. 291 - 292. JACOT, N. La notion de force majeure dans les contrats publics. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion. Contrats publics: Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal. Montpellier: Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, p. 275. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Cours de droit administratif. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 422 - 423.

<sup>444</sup> Conforme explica Marçal Justen Filho: “Lembre-se que, no direito francês, somente se alude a força maior como causa de extinção por impossibilidade de execução de seu objeto. Se a execução do objeto continuar a ser possível, não se cogita da aplicação da teoria da força maior, resolvendo-se o problema por meio ou da teoria da imprevisão, ou da teoria do fato do príncipe ou da figura da sujeição imprevista. No Brasil, a Lei n.º 8.666/93 faz referência à força maior como causa de extinção do contrato (art. 78, XVII), assim como fundamento para a modificação contratual destinada a restabelecer a equação econômico-financeira original (art. 65, II, d). (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 396).

<sup>445</sup> Conforme dispõe o art. 78, XVII, da Lei n.º 8.666/93: “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.”

<sup>446</sup> Conforme dispõe o já transcrito art. 65, II, d da Lei n.º 8.666/93.

<sup>447</sup> Nas palavras de Diogo Freitas do Amaral, examinando o tema a partir da legislação portuguesa: “O caso da força maior (na act of God, na sugestiva terminologia anglo-saxónica) consiste no facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente o cumprimento das obrigações contratuais. À semelhança do que sucede no direito civil, a impossibilidade em causa pode ser temporária ou definitiva, e total ou parcial. Os casos de força maior levam, não à alteração do contrato, mas antes à suspensão da sua eficácia (nos casos de impossibilidade temporária) ou à extinção total do contrato

No mais, as conclusões extraídas do exame da teoria da imprevisão nos contratos de concessão são inteiramente aplicáveis ao caso fortuito ou à força maior, valendo reiterá-las novamente: a) não há dispositivo legal que obrigue o contraente público a assumir todo o risco da superveniência de eventos que se enquadre como caso fortuito ou força maior, premissa essa que vale para todo e qualquer contrato administrativo; afinal, se trata de evento superveniente e inteiramente alheio à vontade das partes; b) no caso dos contratos de concessão regidos pela Lei n.º 11.079/04, designadamente as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, o artigo 5º, inciso III, é expresso ao referir que o contrato deverá prever cláusula sobre repartição de riscos, inclusive o caso fortuito e a força maior, não se vislumbrando óbice que idêntica solução seja adotada para as concessões comuns, na medida em que a alocação de riscos é matéria que diz mais com a lei do que com o contrato; c) considerando que o impacto da ocorrência do caso fortuito e da força maior é absolutamente imprevisível, parece ser mais razoável operar a partir de uma racionalidade de gestão negativa de riscos, porquanto soluções contratuais preconcebidas e excessivamente vinculadas podem não se revelar eficientes para atender ao interesse dos contratantes e, principalmente, para a concretização do interesse público.

Como referido no Capítulo 2, dada a incompletude dos contratos de concessão, uma solução consensual *ex post* pode demonstrar-se como a opção mais racional, dada a absoluta impossibilidade de prever as consequências que a superveniente ocorrência do caso fortuito ou da força maior poderá causar no contrato de concessão.

### 3.8 As alterações bilaterais e as suas mais variadas causas

Existem infundáveis causas que podem gerar alterações bilaterais nos contratos de concessão. Assim, não há como enumerar taxativamente todas as prováveis causas capazes de originar alterações bilaterais. A rigor, a alteração bilateral é, apenas, a exteriorização de uma modificação do contrato de concessão que se concretiza a partir da vontade das partes e que pode decorrer das mais variadas razões ou, ainda, das adaptações que se fizerem necessárias ao longo da execução dos contratos públicos duradouros para adequá-los às novas realidades e imposições implacáveis do mundo dos fatos.

---

(se a impossibilidade for definitiva ou levar ao desinteresse completo do credor). Os casos de força maior parcial podem ainda dar origem a modificações objectivas do contrato”. (AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 649). Apontando que a origem da teoria em Portugal se deu a partir da influência francesa ver FREITAS, Lourenço Vilhena de. Direito dos contratos públicos e administrativos. Lisboa: A.A.F.D.L, 2014. p. 625 - 626.

O certo é que as alterações bilaterais ou consensuais ocupam espaço de centralidade na dogmática contemporânea da mutabilidade, a despeito de não constituírem novidade no Direito Administrativo<sup>448</sup>, porquanto nunca se negou a legítima possibilidade de modificações que decorram da vontade das partes.

Em tempos de maior consensualidade nas relações públicas contratuais e a partir da constatação econômica da natural incompletude dos contratos de concessão, assume destaque, na acepção mais alargada da mutabilidade, a alteração que resulte de consensos e convergências.

No contexto relacional dos contratos de concessão, tais modificações demandarão condutas e comportamentos das partes pautados na boa-fé, na cooperação e na solidariedade recíproca, a fim de encontrarem soluções justas e adequadas para o completamento do contrato a partir das situações factuais inéditas que forem ocorrendo ao longo da execução do contrato. Essas soluções apresentarão, possivelmente, características singulares que nem sempre encontrarão respostas em experiências pretéritas, dada não apenas a especificidade de cada contrato de concessão, mas como, também, em razão da coloração rica e imprevisível da realidade adjacente.

Assumido o contrato de concessão como essencialmente mutável e incompleto, a alteração bilateral formalizada por via de acordo consensual de vontades é o instrumento que viabilizará aos contratantes exercitarem a sua autonomia contratual com vistas à adaptação evolutiva das condições originais da contratação às novas situações impostas pela realidade. A alteração bilateral é a forma jurídica que materializa o preenchimento negociado e consensual das lacunas e incompletudes dos contratos de concessão.

As alterações bilaterais podem ter os variados objetos, abrangendo desde as situações jurídico-administrativas contratuais já examinadas (como, por exemplo, que tenham por objeto o reequilíbrio decorrente da aplicação da teoria da imprevisão) ou modificações nos contratos de concessão que decorram do exercício da margem de autonomia contratual inerente a esses arranjos de longo prazo.

A título de exemplo, o aporte de novos investimentos ao objeto, a evolução tecnológica, as demandas acrescidas de mercado, a exploração de novas receitas

---

<sup>448</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 274. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 404. LEITÃO, Alexandra. Lições de direitos dos contratos públicos: parte geral. Lisboa: A.A.F.D.L., 2015. p. 233 e ss. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1004 e ss. HOEPFFNER, Hélène. La modification du contrat administratif. Paris: LGDJ, 2009. p. 155 e ss. ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo Contrato Administrativo. Coimbra: Almedina, 1990. p. 118. SILVA, Jorge Andrade da. Código dos Contratos Públicos. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 604.

acessórias ao objeto principal do negócio, as diversas formas de reequilibrar o contrato de concessão que dependam de uma solução consensual e negociada, a alteração da forma de remuneração do cocontratante são apenas algumas situações fáticas pensadas a esmo, mas que podem, em tese, figurar como objeto de uma alteração bilateral.

É forçoso reconhecer, entretanto, que seria rigorosamente impossível estabelecer, previamente, no instrumento contratual, uma tipificação fechada, completa e exaustiva de todas as ocorrências futuras passíveis de ensejar uma modificação consensual do contrato, o que decorre da sua natural incompletude. A alteração bilateral é uma forma de modificação do contrato de concessão que pode ser preenchida com os mais distintos conteúdos, sem que se possa, antecipadamente, estabelecer uma estipulação exauriente de todos os seus objetos, aspectos e dimensões.

Este espectro amplo de possibilidades e causas justificadoras de alterações bilaterais dos contratos de concessão, bem como o reconhecimento da sua capacidade adaptativa (do qual a alteração bilateral é a sua mera exteriorização formal), não significa qualquer menosprezo ao princípio do *pacta sunt servanda*.

Não se sugere ou placita, nesta tese, uma indiscriminada autonomia para os contratantes modificarem o pacto original. Como já referido, mutabilidade não significa degeneração contratual<sup>449</sup>. Existem limites que conformam essa capacidade adaptativa, conforme se examinará no Capítulo 5.

O que ora se sustenta é o reconhecimento pragmático de que a mudança é inevitável e que deve ser encarada como uma circunstância normal e até previsível na gestão e execução dos contratos de concessão. O contrato de concessão muda em razão da alteração da realidade. A mudança jurídica é uma consequência da mudança dos fatos.

O contrato não fica imune às interferências externas nem à dinamicidade dos fatos. Por isso que, nos contratos públicos complexos e duradouros (caso dos concessionais), as alterações bilaterais e consensuais se constituem em uma realidade inexorável, não devendo ser considerada atípica ou imprevisível<sup>450</sup>.

---

<sup>449</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

<sup>450</sup> Na feliz síntese de Antônio Moreira Barbosa De Melo: “A este propósito é oportuno, por fim, lembrar que os contratos administrativos duradouros, como de resto muitos contratos privados (v.g entre empresas), são entidades normativas eminentemente dinâmicas, no sentido de que organizam as relações entre os contraentes no âmbito do seu objeto, ficando abertos a uma execução criativa ou implementação por meio de sucessivos e contínuos arranjos, ajustamentos ou protocolos, consoante o aconselhar a evolução do estado das coisas no respectivo mundo.” (MELO, Antônio Moreira Barbosa de. A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público. In: ESTUDOS de Contratação Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 20. v. I).



Quanto mais extenso o tempo de duração de contrato, maior a probabilidade de mutações e modificações<sup>451</sup>. A mutabilidade decorrente da imperiosa prossecução do interesse público impõe lidar, na regulação do contrato de concessão, com a superveniência dos eventos e acontecimentos, tornando-a ainda mais acrescida de relevância no campo do direito público do que no direito privado<sup>452</sup>.

Daí a importância - aqui já reiterada diversas vezes - de que a regulação do contrato de concessão se ocupe da modificação como um dos seus aspectos centrais, procedimentalizando a mutabilidade com o intuito de conferir máxima transparência ao processamento da alteração, incrementando e aperfeiçoando os mecanismos de controle externo. Para além disso, da procedimentalização se extrai a vontade pública<sup>453</sup>, afastando-se os excessos de subjetivismo e voluntarismo.

É possível extrair que em contratos complexos, incompletos e relacionais, como são os contratos de concessão, exista uma prevalência axiológica da alteração bilateral e consensual em relação à alteração unilateral.<sup>454</sup> Sendo o contrato fruto de uma comunhão de vontades, no contexto de relações públicas - cada vez mais dialógicas e consensuais e menos hierarquizadas e assimétricas -, parece coerente admitir que, sempre que possível, a alteração bilateral deva preferir à alteração unilateral, porquanto essa decorre de uma autotutela declarativa do interesse público e com menor grau de consensualidade.

A utilização das prerrogativas públicas de instabilização do vínculo contratual denota carácter residual para concretizar o interesse público que, uma vez materializado por meio de acordo ou consenso, sugere uma execução do contrato de concessão mais eficaz e eficiente. Ainda que o resultado venha a ser idêntico e que o cocontratante não

---

<sup>451</sup> Cf. MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico- financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 538.

<sup>452</sup> MELO, António Moreira Barbosa. A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público. In: Estudos de Contratação Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 7 – 22. v. I.

<sup>453</sup> Como bem assinala José Manuel Sérvulo Correia ao tratar, genericamente, da procedimentalização da atividade administrativa: “A procedimentalização da atividade administrativa corresponde à necessidade de objectivar a vontade da pessoa colectiva pública através de uma sequência de actos e formalidades pré-ordenados e fixados no termo da qual a vontade dos suportes dos órgãos se despersonalize e combine numa vontade qualitativamente distinta: a da pessoa colectiva. Por esse modo, reúnem-se as melhores condições para a prossecução do interesse público, graças à necessidade da intervenção de vários órgãos, do confronto de pareceres, da expressão e publicitação dos motivos, da sujeição a controlos. Fica assim melhor protegido o valor da imparcialidade, do mesmo passo que se tornam mais difíceis os erros de perspectiva na aplicação das regras da boa administração.” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 1987. p. 579).

<sup>454</sup> Sobre a modificação do contrato administrativo por acordo das partes, veja-se o pensamento de Juan Carlos Cassagne: “*En este sentido, la admisión de la posibilidad de una modificación contractual por acuerdo de partes implica el abandono del antiguo principio de la rigidez del contrato o de la rigidez del pliego de condiciones (que ya, en su momento, criticó Hauriou) para sustituirlo por el principio de la flexibilidad contractual.*” CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005. p. 121.

tenha como se opor às alterações unilaterais (desde que observadas as balizas legais), comportamentos dos contratantes que prefiram o diálogo, o acordo e o consenso tendem a ser mais efetivos e alinhados com uma relação jurídica que, assumidamente, deve ser a mais cooperativa, colaborativa e relacional possível.

A competência administrativa para alterar unilateralmente o contrato administrativo é extracontratual, irrenunciável e inalienável e pode ser encarada como uma espécie de “garantia” ou “seguro” de que o interesse público não corre o risco de ser desatendido no caso de restarem infrutíferas as tentativas de uma modificação operada por meio de consenso. Contudo, a sua simples existência não torna obrigatório que esse seja o percurso eleito pelo contraente público para modificar o contrato de concessão e concretizar o interesse público<sup>455</sup>.

O contrato de concessão nasce com o signo da bilateralidade, fruto do consenso das partes contratantes; e a presença dos poderes de autoridade não afasta a sua natureza contratual-bilateral. A alteração do contrato deve ser vista, por consequência, como um prolongamento dessa bilateralidade e do próprio consenso.

Na quadra do Direito Administrativo contemporâneo e considerando o novo cenário no qual os contratos de concessão se inserem (temática abordada no Capítulo 2), a alteração bilateral e consensual se apresenta como a exteriorização preferível das mutações contratuais<sup>456</sup>.

### 3.9 As causas tradicionais de modificação dos contratos de concessão à luz da realidade contemporânea

As categorias jurídicas antes examinadas são, ainda, extremamente relevantes para o estudo da alteração dos contratos administrativos, nomeadamente dos contratos de concessão, o que é facilmente comprovável pela importância que tais temas ainda despertam na doutrina e na jurisprudência, como se procurou demonstrar.

---

<sup>455</sup> Como expõe Luis Cabral de Moncada: “O contrato está mais do que nunca em moda mas para que assim seja o papel conformador do consenso na relação contratual deve ser naturalmente valorizado. [...] O direito público não erradica o consenso nem exige apenas actos unilaterais”. (MONCADA, Luís Cabral. Consenso e Autoridade na Teoria do Contrato Administrativo. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012. p. 10; 36).

<sup>456</sup> Como exposto por Egon Bockmann Moreira: “A mutação contratual aqui defendida é via de mão dupla, objetivamente instalada a favor do contrato. Ou, melhor: a mutabilidade consensual é aquela que deve ser prestigiada, com foco no projeto concessionário, que permita ao contrato se adaptar às novas circunstâncias e permanecer no tempo”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44).

Entretanto, essas categorias não mais se revelam exaurientes do universo de possibilidades que podem justificar a modificação dos contratos duradouros<sup>457</sup>. A maior prova do que ora se afirma é a regulação europeia a propósito do tema da modificação dos contratos públicos.

Como se verá no capítulo 5, o arquétipo normativo europeu não se prende ou mesmo se esgota nessas categorias, construindo novos referenciais para a mutabilidade.

Assim, a operação mental do intérprete que pretenda promover uma cega subsunção dos acontecimentos supervenientes a uma dessas categorias, tradicionalmente conhecidas e concebidas há tempos no Direito francês - inspirador de diversos outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro - poderá levar a resultados desconectados da realidade e impróprios para a estabilidade do contrato e dos interesses dos contratantes.

Na linha do que se adiantou no Capítulo 2, o contrato de concessão é o campo apropriado para o enfrentamento dos complexos desafios que se colocam nos tempos atuais, quando as modificações nada têm de extraordinárias, mas são compreendidas como “elemento ordinário da vida do contrato”.<sup>458</sup> Na perspectiva econômica dos contratos duradouros incompletos e relacionais, a mutabilidade não é anormal ou extraordinária, mas esperada e previsível como elemento intrínseco da realidade.

Cabe à regulação do contrato de concessão dela se ocupar. Serão as próprias condições do contrato que deverão estabelecer o programa adequado e consistente de identificação, detalhamento, alocação e atribuição de responsabilidades dos riscos e eventos.

A alocação contratual dos riscos permite decompor objetivamente determinados eventos que são, conceitualmente, enquadráveis em uma das categorias doutrinariamente sistematizadas. Como se procurou demonstrar ao longo deste Capítulo, situações caracterizadoras do *ius variandi*, teoria da imprevisão, fato do príncipe, fato da administração, sujeições imprevistas, caso fortuito e força maior, deverão ser explicitadas com maior grau de detalhamento e objetividade no contrato de concessão.

---

<sup>457</sup> Egon Bockmann Moreira pondera neste sentido: “[...] tem-se que célebre classificação quanto às áleas ordinária e extraordinária – fatos do príncipe e da administração, teoria da imprevisão, força maior, sujeições especiais – tem que ser efetivamente relativizada ante os novos desafios dos contratos de concessão de serviço público. [...] Ou bem se desenvolve teorização habilitada às peculiaridades da relação jurídico-contemporânea (tanto sob o prisma jurídico como sob a perspectiva econômico-financeira), ou se terá como resultado a aplicação de teorias aptas a explicar outros contratos que não os atuais de concessão de serviço público.” (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 379;401).

<sup>458</sup> Cf HOEPFFNER, Hélène. La modification du contrat administratif. Paris: LGDJ, 2009. p. 350.

A regulação contratual dos riscos não é exaustiva, mas se apresenta como o instrumento mais eficaz na incorporação da mutabilidade. A matriz de risco deve ser concebida como o “guarda-chuva” a contemplar as categorias tradicionalmente conhecidas e estudadas de modificação dos contratos (*ius variandi*, teoria da imprevisão, fato do príncipe, fato da administração, caso fortuito e força maior), não obstante existam diversos outros riscos que não necessariamente se enquadrem nas referidas categorias.

Considerar exaustivas as categorias tradicionais de alteração dos contratos de concessão, tais quais concebidas no Direito francês, preservando um olhar essencialmente retrospectivo sobre o tema, implicará em enorme dificuldade para o intérprete na resolução dos problemas contemporâneos que se apresentem.

A tentativa cega de promover o enquadramento de situações factuais a uma dessas categorias nem sempre será juridicamente viável ou mesmo útil em todas as hipóteses, correndo-se o risco de conceberem-se soluções defeituosas e distantes da realidade.

Se de um lado essas categorias não perderam sua utilidade (até pela sua aceitação pacífica na doutrina e na jurisprudência), sendo ainda elucidativas para a compreensão dogmática da alteração dos contratos de concessão, de outro, é forçoso reconhecer que não são mais exaurientes nem aptas a dar respostas absolutas e definitivas para as novas e intrincadas questões que se apresentam nos contratos de concessão.

Como insistentemente referido, um dos eixos centrais desta tese é o maior espaço de regulação da mutabilidade que deve ser reservado na estruturação dos contratos de concessão. Sendo a alocação de risco matéria mais afeta ao contrato do que à lei e considerando que cada segmento econômico pode comportar significativas variações factuais e especificidades que o singularizam, menos importante do que fazer referência genérica às categorias tradicionais ou conformar a liberdade do intérprete às estruturas mentais fechadas, absolutas e originadas no Direito francês, é delimitar objetivamente, no contrato de concessão, os eventos, suas causas, medidas atenuadoras, consequências e extensão.

É conforme essa grande prognose que deverão estar concebidas as distintas situações de alteração unilateral do contrato, fato do príncipe, fato da administração, sujeições imprevisas, caso fortuito e força maior e teoria da imprevisão. Os marcos legais costumam tracejar balizamentos muito genéricos sobre esses temas. Caberá ao contrato de concessão, realística e racionalmente, promover seu detalhamento, sua decomposição e a objetivação. As mutações são aderentes e inerentes à sua realidade, devendo ser incorporadas sua regulação como um elemento esperado e previsível.

É razoável supor que, hodiernamente, a regulação dos contratos de concessão deve ser menos presa às definições doutrinárias dos institutos e umbilicalmente mais conectada à descrição factual e analítica das prováveis intercorrências supervenientes, naquilo que, obviamente, estiver ao alcance da prognose do ser humano.

Não se pretende, de modo algum, depositar no contrato de concessão as expectativas de que opere uma regulação exaustiva e acabada, ignorando a sua natural incompletude e a incapacidade de antever holisticamente tudo o que está por vir, o que seria absolutamente contraditório com o que foi explanado no Capítulo 2.

Mas o que vem se sustentando ao longo desta tese é que os contratos de concessão devem ser regulados com o intuito de: a) promover a adequada correlação e sistematização das causas tradicionais de modificação no contexto da matriz de risco; b) promover a incorporação endocontratual dos aspectos substantivos da mutabilidade; c) conciliar uma alocação de riscos *ex ante* com uma gestão negativa de riscos que privilegie soluções *ex post*; d) procedimentalizar a mutabilidade para expandir o seu grau de previsibilidade.

## **CAPÍTULO 4 - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E A MUTABILIDADE**

A temática do equilíbrio econômico-financeiro é central no estudo dos contratos administrativos e guarda direta relação com a mutabilidade, objeto principal desta investigação.

Pode-se dizer que a mutabilidade - concebida na sua dimensão mais alargada - é a causadora da necessidade dos contratos administrativos serem reequilibrados<sup>459</sup>. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato é uma consequência (efeito) da mutabilidade.

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

Como insistentemente destacado ao longo deste estudo, a mutabilidade deve ser compreendida como um elemento esperado e previsível, pois a realidade é dinâmica, veloz e turbulenta. Decorre daí que a regulação do contrato de concessão deve se ocupar da mutabilidade como um dos elementos centrais, o que alcança, evidentemente, a definição do ponto do equilíbrio econômico-financeiro, das causas que geram o seu desequilíbrio e, principalmente, dos mecanismos e instrumentos hábeis a reequilibrar o contrato. É disso que se ocupa o presente Capítulo.

### 4.1 Aspectos conceituais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão

As principais causas de mutação do contrato foram examinadas no Capítulo 3, com o explícito reconhecimento de que aquelas categorias, conquanto ainda úteis, não são mais exaustivas para esgotar todas as causas de modificabilidade dos contratos de concessão.

Contudo, de nada adiantaria a regulação do contrato de concessão se ocupar da explicitação das mutações se, *pari passu*, não estabelecesse sua repercussão no equilíbrio

---

<sup>459</sup> Nas palavras de Antônio Menezes Cordeiro: “Esta mutabilidade de contratos administrativos tem, como contrapeso, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.” CORDEIRO, Antônio Menezes. Contratos Públicos. Subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. Coimbra: Almedina, 2007. p. 85.

econômico-financeiro inicialmente instaurado. Reafirmando um dos pontos nucleares desta tese, sustenta-se que a regulação do contrato de concessão deve disciplinar os aspectos substanciais e procedimentais da mutabilidade, o que alcança o equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio. Essa é uma matéria cujos contornos não são, comumente, disciplinados nas leis gerais ou mesmo setoriais. Ao tema voltar-se-á adiante.

A compreensão conceitual do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tem como eixo estruturante a relação que se forma a partir dos encargos assumidos pelo cocontratante e a remuneração a que se propõe a receber mediante a assunção daquele conjunto de obrigações. Trata-se de uma ideia comum a vários ordenamentos jurídicos<sup>460</sup> e que encontra assento nas doutrinas estrangeira<sup>461</sup> e brasileira<sup>462</sup>.

Bem vistas as coisas, como o conjunto de obrigações de cada parte pode ser mensurado economicamente, torna-se possível estabelecer, de forma objetiva, uma espécie de paridade original entre as prestações mutuamente assumidas. Não se exige, todavia, que esse juízo de adequação decorra de uma equivalência matemática precisa<sup>463</sup>.

<sup>460</sup> É o que se observa, por exemplo, no Código de Contratos Públicos português (artigo 282 e 314), na Lei de Contratos do Setor Público espanhola (artigo 270), no Estatuto Geral de Contratação da Administração Pública argentino (artigo 27), entre outros.

<sup>461</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro. A concessão de serviços públicos. Coimbra: Almedina, 1999. p. 270; CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 9; MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 1, n. 1, p. 199-240, mar./ago. 2012; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 731; CAETANO, Marcello, Manual de direito administrativo. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1973. p. 634; RIVERO, Jean. Droit Administratif. Paris: Dalloz, 1965. p. 111; WALINE, Jean. Droit Administratif. 9. ed. Paris: Sirey, 1963. p. 618; VEDEL, Georges. Droit Administratif. 3. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1964. p. 631 e ss.

<sup>462</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1011 e ss; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 159, p. 194 – 195, jul./set. 2003. CAMPOS, Francisco. Direito administrativo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 159 - 160; SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro. Curitiba: Juruá, 2002. p. 150; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 65; TÁCITO, Caio. Temas de direito público: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 199. v. 1 e ss. MEIRELLES, Hely Lopes. Licitações e contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 105, p. 14-33, jul./set. 1971; SUNDFELD, Carlos Ary. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 239; DI PIETRO, Maria Sylvia Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 288. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 266 e ss. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 664 e ss. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: GEN, 2016. p. 206 e ss. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 341 e ss.

<sup>463</sup> Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 341 - 342. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 667. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.012. HOEPPFNER, Hélène. La modification du contrat administratif. Paris: L.G.D.J., 2009. p. 372 e ss.

Especialmente em uma economia aberta, pautada na autonomia das vontades, não há, via de regra, como impor um sistema de tabelamento geral de preços justos por atividade desenvolvida.

Por essa razão, nos contratos em geral, os termos originais do acordo revelam o senso de justiça<sup>464</sup> firmado entre as partes e formado no ambiente em curso, no momento das negociações. Cada parte minimamente responsável promoverá o exame de adequação do contrato considerando, de um lado, como estão dispostos os elementos necessários para cumprir com suas obrigações e, de outro, o valor que possui a contrapartida a ser obtida pelo esforço que será feito.

Essa paridade original costuma ser tratada como equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou seja, uma relação de equivalência que se constitui a partir da delimitação objetiva dos encargos e da remuneração proposta pelo particular que se dispõe a executá-la. Trata-se, pois, de uma garantia que envolve a certeza de que haverá reciprocidade econômica entre as obrigações pactuadas - encargos e remuneração - na vigência da relação contratual, isso é, as vantagens e as obrigações devem compensar-se para formar a contrapartida entre os benefícios prováveis e os prejuízos previsíveis.

Se esse equilíbrio econômico-financeiro é traço comum à teoria geral dos contratos<sup>465</sup>, no campo dos contratos administrativos, sua importância assume lugar especial, porquanto sua concepção original se forjou na França<sup>466</sup>, com evidente objetivo garantidor dos interesses do cocontratante<sup>467</sup>, explicável a partir da característica singular

---

<sup>464</sup> Karl Larenz explica: “A regulação contratual é sempre, na verdade, uma regulação justa, na medida em que tenha sido acordada pelos interessados livremente, sem coação; mas, na medida em que deixe espaço para uma interpretação, esta há de realizar-se com vistas à medida da justiça contratual aqui possível.” (LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 423).

<sup>465</sup> Cf DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 286. ORTIZ, Gaspar Ariño. Teoría del equivalente económico em los contratos administrativos. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. p. 6; NEGREIROS, Teresa. Teoría do contrato. Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 158; BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material dos contratos: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007. PÉQUIGNOT, Georges. Theorie générale du contrat administratif. Paris: A. Pedone, 1945. p. 430 - 434.

<sup>466</sup> Numa perspectiva ampliada de equilíbrio na Teoria Geral dos Contratos, Libardo Rodriguez Rodriguez anota que, no Direito Romano e no Direito Canônico, o tema da equivalência das prestações e o equilíbrio nos contratos comutativos já era formulado. Cf. RODRIGUEZ, Libardo Rodriguez. El equilibrio económico en los contratos administrativos. Revista Derecho PUCP, Lima, n. 66, p. 60, jun. 2011.

<sup>467</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. 3. ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. p. 214; ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Curso de Derecho Administrativo. 17. ed. Madri: Civitas, 2015, p. 786, v. 1; FREITAS, Rafael Vêras de. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 15, n. 58, p. 199-239, abr./jun. 2017; ASSINI, Nicola; MAROTTA, Lucio. La concessione di opere pubbliche. Padova: CEDAM, 1981. p. 73.



desenvolvida naquele país da prerrogativa de instabilização do vínculo contratual pelo contraente público (*ius variandi*), conforme assinalado no Capítulo 3.

A concepção francesa de contrato administrativo se espalhou para diversos outros países, inclusive para o Brasil, que a adotou como modelo para o desenvolvimento das suas relações contratuais públicas. A teoria do equilíbrio econômico-financeiro, assim como ocorreu com a própria origem do Direito Administrativo, foi importada a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês, incorporando-se, posteriormente, na legislação brasileira.

A rigor, sem essa construção jurídica, grassaria a insegurança e a desconfiança entre os particulares, que não teriam nenhuma garantia ou mesmo incentivo econômico para celebrar contratos administrativos<sup>468</sup>, na medida em que as prerrogativas de modificação unilateral do vínculo contratual poderiam criar situações de evidentes fragilidades jurídica e econômica. Assim, o núcleo do princípio da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro é fruto de uma construção jurídica amparada, sobretudo, no bom senso e no pragmatismo, com a criação de um sistema protetivo do vínculo original e das legítimas expectativas que surgem (em especial, do cocontratante) quando da formação da relação de equivalência entre encargos e remuneração.

Há certo consenso da doutrina<sup>469</sup> e jurisprudência brasileiras<sup>470</sup> de que o equilíbrio econômico-financeiro tem sede constitucional quando o artigo 37, XXI, determina que devem ser mantidas as condições da proposta, não obstante a expressão não tenha sido referida explicitamente na Constituição Federal. Por força dessa previsão, o licitante vencedor, ao passar à qualidade de cocontratante, tem assegurada uma espécie de vinculação da proposta às condições em que ela foi elaborada. Isso significa que, modificadas tais condições, as contrapartidas devem, em princípio, ser adaptadas à nova realidade. Essa recomposição se condiciona a situações específicas, como se demonstrará no curso deste capítulo.

---

<sup>468</sup> Cf. BÉNOIT, Francis Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968. p. 588.

<sup>469</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, mai./ago. 2013. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio Econômico nas Concessões de Rodovias - Critérios de Aferição. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 15, p. 192, out./dez. 2006. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 99-117.

<sup>470</sup> STF – RE nº. 571.969-DF. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Data do Julgamento: 12/03/2014. Data da Publicação: 16/03/2014; STJ – Resp nº. 1.248.237-DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 19/09/2014. Data da Publicação: 01/10/2014.

Parece positivo o entendimento que consagra o *status* constitucional ao tema do equilíbrio econômico-financeiro, porquanto se reconhece a sua importância e o significado nuclear na compreensão da dogmática dos contratos administrativos, permitindo, inclusive, que as questões controvertidas sejam levadas ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Mas, se a origem da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos surge como uma salvaguarda jurídica vocacionada a proteger os interesses dos particulares nas relações travadas com os contraentes públicos - funcionando como verdadeira garantia e contraponto ao maior grau de mutabilidade a que se sujeitam os contratos administrativos -, é possível aduzir que, modernamente, a sua compreensão deve ser alçada a um valor autônomo a ser tutelado por ambos os contraentes. Isso deve ocorrer, em especial, nas relações concessionais que se caracterizam como contratos relacionais, na forma examinada no Capítulo 2.

Afinal, por meio desses contratos de concessão, são viabilizadas prestações de serviços públicos, disponibilizadas infraestruturas públicas e instrumentalizadas políticas públicas que satisfazem os mais variados interesses públicos primários<sup>471</sup>. Assim, à medida que o contrato de concessão permanece equilibrado, asseguram-se também as condições necessárias à adequada execução do objeto e, por conseguinte, do interesse público primário tutelado.

Não é demasiado afirmar que, nos contratos de concessão, a questão pode ser alçada a um nível superior de gravidade, pois, ao prevalecer o desequilíbrio contratual, coloca-se em risco a adequação do serviço público ou mesmo a eficiência na gestão da infraestrutura pública. Noutros termos: um contrato de concessão desequilibrado pode acarretar, como principal consequência - além dos prejuízos com os quais o cocontratante será obrigado a arcar -, grave risco à eficiente execução do objeto, já que maiores serão as dificuldades para manter as prestações nos padrões de qualidade e eficiência nos moldes inicialmente pactuados<sup>472</sup> (e, até mesmo, a própria estabilidade da sociedade empresária contratada), o que, evidentemente, não atenderá ao interesse público tutelado.

---

<sup>471</sup> Cf. ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953. p. 151 - 152.

<sup>472</sup> Conforme anota Floriano De Azevedo Marques Neto: "Ora, a não-recomposição do equilíbrio contratual ensejaria o desatendimento indireto do princípio da ininterrupção da prestação (pois que não se pode obrigar permanentemente o particular a prosseguir em prestação cujos pressupostos econômicos restaram superados por fatores alheios à sua vontade) ou da violação do princípio da adequação do serviço (pois, alterados os pressupostos econômicos da concessão, perecerão a qualidade, a atualidade, a segurança ou a atualidade da prestação)". (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 227, p. 105-109, jan/mar, 2002).

O respeito à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos não é um valor apenas de expressão jurídica, mas, também, de elevada dimensão econômica, pois, como se sabe, as relações contratuais públicas movimentam vultosas quantias do Produto Interno Bruto dos países<sup>473</sup>. Prezar e zelar pelo equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, mormente, nos contratos de concessão, significa oferecer maior confiabilidade quanto ao retorno dos esforços econômicos empreendidos de boa-fé pelos particulares, criando um ambiente mais seguro para os negócios, pressuposto indispensável ao próprio desenvolvimento econômico do país<sup>474</sup>.

É, portanto, dever das partes<sup>475</sup> a permanente busca pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, seja para preservar os direitos dos contratantes, seja para buscar o atendimento de um interesse comum e superior, que é a execução adequada do objeto contratual.

A estabilidade econômico-financeira do pacto concessional deve ser considerada como um valor contratual autônomo e fundamental a ser perseguido pelas partes e, ainda, como um interesse superior a pautar as ações e condutas de ambos os contratantes. Até porque, considerando a multilateralidade do contrato de concessão examinada no Capítulo 2, existem vários outros contratos que dependem da estabilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e uma série de interesses subjacentes e

---

<sup>473</sup> As contratações públicas representam 10 a 15% do PIB brasileiro, do mundial e chegam até a 20% do PIB europeu. Fontes, respectivamente: FERENZINI, Felipe Noronha. *Contratações públicas como instrumento de combate à corrupção*. Estadão. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/contratacoes-publicas-como-instrumento-de-combate-a-corrupcao/>. Acesso em: 03 abr. 2018; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. WTO and government procurement. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gproc\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm). Acesso em: 03 abr. 2018; ESTORNINHO, Maria João (Coord.) A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código de Contratos Públicos. 2016. Disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book\\_diretivaseuropeias2014eccp\\_icjp-cidp\\_0.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf). Acesso em: 03 abr. 2018.

<sup>474</sup> A necessidade de proteção da confiança dos particulares quanto ao retorno de seus investimentos vem sendo continuamente estimulada pelo legislador brasileiro. Destaca-se, por exemplo, a edição da recente Lei n.º. 13.334/16, criando o Programa de Parceria de Investimentos – PPI, a qual, em seus artigos 2º, IV e 3º, III, reforçou este aspecto: “Art. 2º São objetivos do PPI: IV - assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; Art. 3º Na implementação do PPI serão observados os seguintes princípios: III - garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos.”

<sup>475</sup> Nesse sentido, confira-se a lição de Celso Antônio Bandeira De Mello: “Esta obviedade muitas vezes necessita ser afirmada e por isso – só por isso – é que cabe mencioná-la, sintetizando-a, nos seguintes termos: é dever das pessoas governamentais respeitarem os direitos alheios e recomporem, inclusive espontaneamente, os agravos que lhes hajam causado, posto que não é interesse público, mas violação a ele, esquivarem-se de reconhecê-los.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 672).

interdependentes conectados ao negócio compreendido na sua dimensão global e sistêmica.

Claro que afirmar a estabilidade do equilíbrio econômico-financeiro como um valor autônomo não significa qualquer reconhecimento de que ao cocontratante deva ter assegurada lucratividade certa e determinada, blindando-o de condutas ou ações ineficientes, ou, por sua vez, que deva ser condenado a suportar prejuízos ruinosos que ultrapassem riscos contratualmente assumidos. Ambas as disfunções ocasionariam iniquidades e injustiças não toleráveis pelos princípios gerais do Direito.

A partir das premissas assentadas no Capítulo 2, o que se pretende reafirmar é que, sendo os contratos de concessão qualificáveis como relacionais, as partes não devem ser indiferentes às agruras ou dificuldades que acometam o outro na relação estabelecida, visto que a interdependência entre as obrigações demanda comportamentos que sejam orientados pela boa-fé e solidariedade na busca consensual da satisfação dos recíprocos interesses<sup>476</sup>.

É, sempre, relevante reiterar que o objeto de um contrato de concessão não perde as injunções da *publicatio*, mas tão somente é levado a uma racionalidade econômica privada, com investimentos para a implantação de infraestruturas ou prestação de serviços públicos indispensáveis à satisfação de necessidades coletivas. Por isso, tais contratos não podem ser compreendidos como se os interesses fossem totalmente antagônicos. Ao revés, trata-se de um projeto associativo - qualificável como contrato relacional na forma da abordagem propugnada no Capítulo 2 - e que se deve pautar pelo viés de uma efetiva parceria econômica.

Outro aspecto a se destacar é a compreensão de que o equilíbrio econômico-financeiro é, substancialmente, mais complexo nos contratos de concessão do que nos demais contratos administrativos. A sua racionalidade é singular e não pode ser inteiramente explicada a partir do conhecimento convencional do que se compreende por equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de empreitada de obra pública ou mesmo de uma prestação de serviços ou fornecimento de bens, contratos esses mais conhecidos

---

<sup>476</sup> Conforme observa Antônio Menezes Cordeiro: “Os gestores envolvidos em reequilíbrios financeiros de contratos públicos devem – até por imperativo legal: veja-se a nova redação do artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais – assegurar os interesses dos accionistas, dos trabalhadores e dos stakeholders da empresa. E é a confiança de todos estes intervenientes que gera a teia hoje necessária para quaisquer investimentos sérios. A ligação entre o contrato público e a realidade econômica torna-se incontornável”. (CORDEIRO, Antônio Menezes. Subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. Coimbra: Almedina, 2007. p. 112. n. 2).

como contratos de desembolso<sup>477</sup>.

Efetivamente, não é factível adotar para os contratos de concessão uma visão de equilíbrio econômico-financeiro que seja linear, bilateral, estática com uma equivalência dotada de precisão matemática entre encargos e remuneração. Nos contratos de empreitada, prestação de serviço ou mesmo fornecimento de bens - observadas as singularidades e especificidades de cada um -, a lógica é que, uma vez executada a obrigação, deve o contraente público remunerar o cocontratante

No aspecto econômico e financeiro, os contratos de concessão apresentam uma correlação entre encargos do cocontratante e a remuneração com feitiço bastante diverso. Certamente, esse equilíbrio é dotado de maior complexidade nas dimensões econômica e financeira, vinculando-se a um universo que extrapola a ciência jurídica. Não é possível compreender o exato conceito de equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão apenas pela lente dos juristas<sup>478</sup>. Trata-se de temática multidisciplinar que impele uma visão necessariamente integrada com a economia e com as finanças públicas.

Várias são as particularidades que justificam uma compreensão do equilíbrio econômico-financeiro a partir de outro ponto de observação: a) os prazos são significativamente mais extensos do que nos contratos administrativos de desembolso e, portanto, sujeitos, em maior grau de intensidade, a eventos perturbadores da relação econômico-financeira inicialmente estabelecida; b) cabe ao cocontratante, como regra, promover os investimentos iniciais que serão amortizados ao longo da execução do contrato, com a captação de recursos no mercado financeiro (custo da remuneração) ou mesmo capital próprio dos acionistas; trata-se de investimento não remunerado no presente, mas, no futuro, não obedecendo a uma lógica de recuperação imediata dos recursos aportados, mas amortizados ao longo da sua execução; c) a relação nos contratos de concessão é multilateral e envolve uma fragmentação de atores e interesses, tais como financiadores, acionistas, debenturistas, seguradoras, usuários e tantos outros como destacado no Capítulo 2; não se resume, portanto, uma relação entre dois polos de

---

<sup>477</sup> Assinalando que a lógica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo é inteiramente distinta dos contratos administrativos de desembolso ver MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica do seu Equilíbrio Econômico-Financeiro*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 89-98.

<sup>478</sup> Criticando a visão tradicional dos juristas brasileiros sobre o tema ver RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo Profissional de Infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e ppps (mas os nossos juristas ainda não sabem In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

interesses apenas, o que repercute, evidentemente, numa perspectiva alargada, interdependente e multilateral do equilíbrio econômico-financeiro; d) a remuneração do cocontratante pode comportar variadas formas e mecanismos, vinculando-se desde o pagamento de tarifas a serem arcadas pelos usuários até o recebimento de receita oriunda de exploração acessória de negócio adjacentes ao objeto principal, o que difere significativamente da remuneração tradicional dos contratos de obra pública, prestação de serviços e fornecimento de bens, por via de regra vinculada a desembolsos oriundos exclusivamente do orçamento público; e) pela sua complexidade, os contratos de concessão são caracterizados por uma incidência maior de riscos do que os contratos administrativos tradicionais, a justificar que a sua alocação ocupe papel de centralidade na regulação, com importantes e diretas consequências para a correta compreensão do equilíbrio econômico-financeiro, como adiante se verá.

Não à toa que, no universo dos contratos de concessão, são comuns conceitos como Taxa Interna de Recurso (TIR)<sup>479</sup>, Valor Presente Líquido (VPL)<sup>480</sup>, Fluxo de Caixa

---

<sup>479</sup> Nas palavras de Egon Bockmann Moreira e Rafaella Peçanha Guzela, a Taxa Interna de Retorno é a referência utilizada “como parâmetro para mensurar se o próprio contrato de concessão está equilibrado do ponto de vista econômico financeiro, assim como para recompô-lo em casos de desequilíbrio. A sua cifra traduz um índice relativo que mede a rentabilidade do investimento por unidade de tempo e que sintetiza os méritos deste a despeito do que ocorre no mercado de capitais – daí porque tal taxa qualifica-se como interna, revelando algo que se vincula apenas aos fluxos de caixa daquele projeto. Em termos técnicos, conforme Gitman, a TIR corresponde à ‘taxa de desconto que iguala o valor presente líquido de uma oportunidade de investimentos a \$0 (porque o valor presente das entradas de caixa se iguala ao investimento inicial)”. (MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. *Contratos Administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e a Taxa Interna de Retorno*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 34).

<sup>480</sup> Conforme Lawrence J. Gitman: “O valor presente líquido é obtido subtraindo-se o investimento inicial de um projeto do valor presente de suas entradas de caixa, descontadas a uma taxa igual ao custo de capital da empresa. Quando o VPL é usado, tanto as entradas como as saídas de caixa são medidas em termo de dinheiro”. (GITMAN, Lawrence J. *Princípios da Administração Financeira*. 10. ed. São Paulo: Perason, Addison Wesley, 2004. p. 342). Eugene Fbrigham e Joel F. Houston vão além, sustentando que: “A fundamentação do método VPL é simples. Um VPL de zero significa que os fluxos de caixa do projeto são exatamente suficientes para recuperar o capital investido e proporcionar a taxa de retorno exigida daquele capital. Se um projeto tem um VPL positivo, então ele está gerando mais caixa do que é necessário para o pagamento de sua dívida e para prover o retorno exigido aos acionistas, e esse excesso de caixa reverte unicamente em favor dos acionistas da empresa. Portanto, se uma empresa empreende um projeto com VPL positivo, a posição dos acionistas se forma melhor.” (BRIGHMAN, Eugene F; HOUSTON, Joel F. *Fundamentos da Moderna Administração Financeira*. São Paulo: Campus, 2002. p. 384).

Marginal<sup>481</sup>, Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC)<sup>482</sup>, Taxa Mínima de Atratividade<sup>483</sup> e tantos outros conceitos com substância essencialmente econômica e financeira, mas com inegável repercussão jurídica.

Aliás, utiliza-se o binômio encargos/remuneração apenas como referência abstrata que permita um vínculo com a noção tradicional de equilíbrio econômico-financeiro<sup>484</sup>, visto que, no rigor do exame, as variáveis nos contratos de concessão revelam um espectro bem mais alargado, englobando, entre tantos outros componentes, fatores como o volume de investimentos, fluxo de caixa projetado, custo do capital próprio do acionista e custo do capital obtido com terceiros por meio de financiamento, receitas tarifárias (se for o caso), receitas alternativas, cronogramas de desembolso, variações cambiais, a revelar que essa é uma temática bastante complexa e, por isso, não encontra respostas na teoria tradicional dos demais contratos administrativos nem em soluções genéricas e abstratas reveladoras de uma conceituação unívoca.

---

<sup>481</sup> Rafael Véras De Freitas explica: “O fluxo de caixa marginal é a metodologia por intermédio da qual o equilíbrio econômico-financeiro é aferido – tendo-se em conta o momento econômico em que se exige do concessionário a realização de novos investimentos –, de modo a se segregar o evento danoso em um fluxo de caixa apartado, cujo impacto será apurado de acordo com uma taxa previamente prevista no contrato. Trata-se de metodologia que não se utiliza das informações apresentadas pelo concessionário em seu plano de negócios (sobretudo os constantes nas suas planilhas de custos e de investimentos) para o efeito de recomposição do contrato de concessão.” (FREITAS, Rafael Véras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 15, n. 59, 175-199, jul./set. 2017 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=248440>>. Acesso em: 06 abr. 2018).

<sup>482</sup> Eugene F Brigham e Joel F. Houston esclarecem os contornos econômicos do Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC): “a taxa de retorno requerida sobre cada componente de capital é denominada custo componente, e o custo de capital utilizado para analisar as decisões de orçamento de capital deve ser uma média ponderada dos vários custos componentes. Chamamos essa medida de Custo Médio Ponderado de Capital ou CMPC.” (BRIGHMAN, Eugene F.; HOUSTON, Joel F. *Administração financeira: teoria e prática*. Tradução de José Nicolás Albuja Salazaqr e Suely Sonoe Murai Cucci. São Paulo: Thomas Learning, 2007. p. 421).

<sup>483</sup> Conforme relatório realizado pelo Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União: “Importante destacar que a TMA (Taxa Mínima de Atratividade) é um dos conceitos mais difundidos para as modelagens financeiras privadas. Representa a taxa a partir da qual o investidor está obtendo ganhos financeiros. “É uma taxa associada a um baixo risco, ou seja, qualquer sobra de caixa pode ser aplicada, na pior das hipóteses, na TMA” (CASAROTTO FILHO, 2000, p. 55). Bastante difundido, o método calcula uma taxa, a TIR, que zera o Valor Presente do fluxo de caixa. No “valor presente”, portanto, se anulam mutuamente os investimentos (encargos) com os retornos (recompensas). O investimento é atrativo quando a TIR é maior do que a TMA. Caso ocorra o contrário, via de regra, não haverá interesse em investir, pois o retorno esperado no projeto não superaria outra aplicação conservadora, que apresentasse o mínimo de retorno. Sendo iguais as taxas, haveria uma situação de indiferença quanto à opção de investimento. Na prática, o projeto é atrativo quando sua TIR for pelo menos igual ao custo de capital, o qual é computado incluindo certos prêmios aos investidores.” TCU – TC 026.335/2007-4. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão: 27/04/2011.

<sup>484</sup> Concorde-se com Maurício Portugal Ribeiro quando aduz que: “[...] o que define a equação econômico-financeira do contrato é a relação entre o serviço a ser prestado, a sua matriz de risco e a remuneração prevista no contrato. É essa relação que é estabilizada no momento da formulação da proposta. É essa relação que deve ser protegida e preservada ao longo do contrato, por meio dos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.” (RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs. Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 103).

Por isso que, dotados os contratos de concessão de elevada singularidade e reconhecido amplo espaço conformador na sua regulação, a definição do estado de equilíbrio e a captura dos seus elementos econômico e financeiro deverão constituir um dos seus principais eixos. Quanto maior for o êxito nessa tarefa, maior será a segurança jurídica conferida às partes.

Sob outro ângulo, é relevante destacar que o princípio da intangibilidade econômico-financeira não significa que os encargos ou mesmo a remuneração devam manter-se inalterados durante a execução do contrato de concessão. Nos contratos de concessão duradouros, a regra é que ocorram variações tanto no conjunto de obrigações assumidas pelo cocontratante, como na remuneração a ser percebida.

O que deve ser perseguida é a manutenção da justa equivalência originalmente estabelecida, ainda que essa realidade econômico-financeira comporte modificações nos encargos e na remuneração, pois, como mencionado, pelas intrínsecas características dos contratos de concessão, adequações e conformações nos compromissos assumidos serão inevitáveis na execução de ajustes duradouros.

Todas as mutações investigadas no Capítulo 3 se notabilizam, em alguma medida, por desestabilizar variáveis que compõem o núcleo econômico-financeiro do contrato de concessão, seja acarretando modificações nos encargos assumidos pelo cocontratante, seja impactando a remuneração a ser percebida.

Daí a relevância em reafirmar que intangível é o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado e não os encargos e a remuneração que marcam o início da sua execução<sup>485</sup>. Não se deve confundir o conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato com a fórmula inicialmente pactuada no contrato para expressar esse equilíbrio.

Infere-se, assim, que o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de

---

<sup>485</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello anota essa possibilidade quando examina a viabilidade jurídica na alteração das tarifas: “Sem embargo do que foi dito, as tarifas não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual imutável. O contratual - e que, por isso, não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público - é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outros. Donde, ao concedente é lícito alterar, como convenha, a grandeza dela, contento que, ao fazê-lo, mantenha incólume a igualdade matemática substancial já estabelecida e da qual o valor da tarifa se constitui em um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 795). Em igual sentido, pondera Alexandre Santos de Aragão: Veja-se que, ao contrário do que às vezes pode parecer, a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas econômico-financeiras em si, inclusive, as respeitantes à estrutura tarifária. Estas cláusulas podem ser alteradas, desde que o delegatário seja de alguma forma recompensado (um exemplo disso é que a tarifa pode ser diminuída, mas o equilíbrio econômico-financeiro há de ser recomposto mediante a minoração dos investimentos, a não reversibilidade dos bens, o aumento do prazo da delegação, dentre outros aspectos.). (ARAGÃO, Alexandre Santos. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 385). Também idêntico entendimento em GARCIA, Flavio Amaral. Regulação jurídica das Rodovias Concedidas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 183.



concessão é essencialmente dinâmico<sup>486</sup>, o que decorre da sua própria natureza -imprópria para equivalências tão lineares - e da sua natural incompletude, sendo rigorosamente impossível prever todas as contingências econômicas, sociais, financeiras, políticas e tecnológicas que podem irromper durante a sua execução.

Não há contradição em asseverar que o equilíbrio econômico-financeiro é intangível e dinâmico ao mesmo tempo. Isso porque intangível é o senso de justiça e equivalência capturado quando da pactuação do contrato de concessão e que deve estar explicitamente expresso no instrumento contratual, com delimitações objetivas e amparadas em critérios e métodos definidores do estado de equilíbrio, bem como das causas de desequilíbrio e dos mecanismos de sua recomposição.

Porém, é igualmente, dinâmico em razão da inevitabilidade das mutações que impactarão o núcleo dos encargos e da remuneração acordados na origem, a justificar, como dito, que o contrato de concessão seja qualificável como evolutivo, demandando uma tecnologia contratual capaz de absorver essa flexibilidade sem, contudo, afastar-se daquela relação de equivalência inicialmente constituída, com a indispensável observância dos limites conformadores da mutabilidade, a saber, a inalterabilidade do objeto e a proteção da concorrência, temas que serão aprofundados no Capítulo 5.

Como se verifica, equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e mutabilidade são temas amalgamados e que estão na gênese do estudo dos contratos administrativos, com destacada relevância quando se examinam contratos de concessão, porquanto inegavelmente submetidos a um maior grau de mutações durante a sua execução. O equilíbrio econômico-financeiro é, em certa medida, um consectário lógico da mutabilidade e, ao mesmo tempo, um parâmetro que a conforma. Não se pode cogitar uma mutabilidade que degenere as bases econômicas e financeiras instituídas na relação originalmente estabelecida, o que repudiaria os princípios da segurança jurídica, boa-fé e do próprio senso de justiça contratualizado e formalizado pelas partes.

---

<sup>486</sup> Cf. DROMÍ, Roberto. Las ecuaciones de los contratos públicos. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 8 - 9 e 308; JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997. p. 401 - 402; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 263, p. 35-66, mai./ago. 2013 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96955>>. Acesso em: 12 abr. 2018; MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 1, n. 1, p. 199-240, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80268>>. Acesso em: 12 abr. 2018; PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público, Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 115 - 118.

#### 4.2 Equilíbrio Econômico-Financeiro e Riscos

O equilíbrio econômico-financeiro resulta das premissas e pressupostos - principalmente financeiros - que orientam a decisão do cocontratante em mobilizar recursos em longo prazo, com a legítima expectativa de obtenção de uma taxa de rentabilidade, que, evidentemente, não é cristalizada ou garantida em razão das variáveis de risco que poderão impactar a sua execução<sup>487</sup>.

A alocação de riscos - como se colocou no Capítulo 2 - é um dos aspectos fundamentais de uma regulação adequada dos contratos de concessão. Afinal, nas contratações administrativas de longa duração, a probabilidade de materialização de riscos é bem mais acentuada, especialmente se comparada com os contratos administrativos de curta duração.

A percepção de que o contrato é a sede adequada para distribuir riscos<sup>488</sup>, a partir de uma metodologia que promova uma alocação para a parte que melhor tiver capacidade de gerenciá-lo, produziu diversas consequências no universo dos contratos públicos contemporâneos, em especial, nos contratos de concessão.

Ao menos três benéficas consequências podem ser apontadas a partir dessa evolução na regulação dos contratos de concessão, com a alocação de riscos ocupando uma função de centralidade: a) redução das incertezas mediante a maior objetividade na determinação das obrigações e na assunção de reponsabilidade pelos eventos (riscos) que podem afetar a execução do contrato, maximizando a segurança jurídica nos contratos de concessão ; b) incremento da eficiência na execução do objeto, porquanto permite que cada parte se concentre na gestão dos riscos efetivamente gerenciáveis que se encontram no campo das suas atribuições; c) a revisitação da compreensão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, demarcando, com mais clareza e nitidez, as situações geradoras de desequilíbrios e, ao mesmo tempo, legitimadora de pleitos de reequilíbrio.

---

<sup>487</sup> Cf. ALMEIDA, Mário Aroso. Apontamentos sobre o problema da repartição do risco e do reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão. In: Estudos em Homenagem a Rui Machete. Coimbra: Almedina, 2015. p. 682/684.

<sup>488</sup> Muito embora não seja a regra, alguns riscos são alocados na própria lei. É o que acontece com o §3º, do artigo 9º, da Lei nº 8.987/95 (lei das concessões de serviços públicos), quando determina que, ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso ou mesmo o §4º, do mesmo artigo 9º quando prevê que em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Interessa, na perspectiva deste estudo, aprofundar essa última consequência e a correlação direta entre a alocação de riscos, equilíbrio econômico-financeiro e mutabilidade, que não são temas estanques, mas umbilicalmente conectados<sup>489</sup>.

Quando cada parte se compromete contratualmente a gerenciar determinado tipo de risco, assume-se o ônus de se responsabilizar pelas medidas aptas a evitar o evento (risco negativo) ou tendentes a promover a sua ocorrência (risco positivo)<sup>490</sup> e os subsequentes efeitos jurídicos, econômicos e financeiros. Esses são os riscos próprios do contrato.

Essa incorporação objetiva de uma alocação de riscos no contrato de concessão permite, como referido no Capítulo 2, que a superveniência dos eventos não promova necessariamente a modificação formal do ajuste naquilo que se convencionou denominar como mutabilidade endocontratual.

Isso significa que, na prática, mesmo com a ocorrência de um evento que venha a impactar a relação originalmente estabelecida, o contrato vai modificando-se sem a necessidade de alterações formais, porquanto aquelas ocorrências vão sendo incorporadas na conformação contratual de divisão de responsabilidades e atribuições, integrando, conseqüentemente, o próprio equilíbrio econômico-financeiro original do contrato de concessão.

Esse contexto reforça a premissa supra-assentada de que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é, essencialmente, dinâmico, à medida que as variáveis que o integram estarão em permanente estado de mutação, alterando aquela relação entre encargos e remuneração que foi inicialmente pactuada.

Assim, por exemplo, se o risco de demanda foi integralmente assumido pelo cocontratante e, em condições normais de execução do contrato, não se confirmaram as

---

<sup>489</sup> Um dos pioneiros, no Brasil, no estudo da vinculação entre riscos e equilíbrio econômico-financeiro foi Maurício Portugal Ribeiro: “Um aspecto nodal para a estruturação de contratos de concessão comum e PPP eficientes é a alocação adequada de riscos. Em conjunto com os indicadores de desempenho, com o sistema de pagamentos (tarifário ou de contraprestação pelo Governo) e com o conjunto de penalidades, a matriz de risco e o sistema de equilíbrio econômico-financeiro constituem os aspectos mais centrais do contrato, pois estipulam o conjunto de incentivos para ação de cada parte na relação contratual”. (RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs. Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78). Fernando Vernalha Guimarães aduz que: “Neste contexto, as prerrogativas e interferências administrativas são cada vez menos toleradas e a tutela da equação econômico-financeira se resume à tutela ao cumprimento da matriz de risco do contrato, reduzindo-se sobremaneira o espaço para a tutela dos riscos extracontratuais.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 100).

<sup>490</sup> Sobre as dimensões positiva e negativa dos riscos, ver MELO, Pedro. *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 72 - 74.

suas estimativas e expectativas, não há razão jurídica para postular eventual pedido de reequilíbrio econômico-financeiro. A variação da demanda terá sido, portanto, incorporada como um risco próprio do contrato e integrará a equação econômico-financeira mesmo que isso implique na redução da rentabilidade esperada.

Em outras palavras, uma vez alocado o risco, caberá à parte suportá-lo, sem que isso gere direito a pleitear compensações, indenizações ou revisitações dos parâmetros materiais que as partes delimitaram para promover o reequilíbrio do contrato.

Logo, como regra, os riscos assumidos por qualquer uma das partes não são considerados eventos que legitimem pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro. Diz-se, como regra, em razão de se ter examinado, no Capítulo 3, a situação de incidência de imprevisão na própria alocação de riscos.

Resta bastante claro que a alocação de riscos é elemento essencial na composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, ainda, contributiva de maior segurança jurídica, o que reduz, significativamente, as margens de incerteza acerca do que poderá ou não ser caracterizado como evento ou ocorrência qualificável enquanto causadora de futuros desequilíbrios.

Se, por um lado, os riscos assumidos por qualquer uma das partes não se constituem, como regra, em causas justificadoras de pedidos de desequilíbrios, por outro, eventual incumprimento da obrigação assumida ou mesmo a ocorrência de um evento que não possa ser evitado pela parte responsável poderá justificar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão<sup>491</sup>.

Imagine-se, por hipótese, que o risco de licenciamento ambiental tenha sido alocado ao contraente público em razão de se reconhecer que o cocontratante não tem qualquer ingerência na concessão da licença – ato administrativo que sempre dependerá de aquiescência do Poder Público.

No caso do licenciamento atrasar em razão da omissão do contraente público ou mesmo diante de entraves não atribuíveis ao cocontratante, acarretando em perdas financeiras (como em investimentos já realizados que contavam com a obtenção do licenciamento no prazo acordado), estará caracterizada uma causa justificadora do

---

<sup>491</sup> Maurício Portugal Ribeiro explica: “Nesse contexto, o motor de arranque da análise de qualquer processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é a verificação da matriz de risco contratual, eis que o direito ao reequilíbrio só surge se o risco do evento gravoso estiver alocado a uma parte contratual diversa daquela que sofreu as consequências da sua ocorrência.” (RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo Profissional de Infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e ppps (mas os nossos juristas ainda não sabem In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 537-545).

desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, porque se trata de risco que deveria ser gerenciado pelo contraente público.

A alocação de riscos funciona, portanto, como uma matriz concretizadora da própria mutabilidade e, ainda, como uma referência segura no tratamento jurídico dos eventos causadores ou não de desequilíbrios na relação econômico-financeira originalmente estabelecida.

Isso, todavia, não significa que toda e qualquer problemática sobre reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão será sempre solucionada a partir de injunções que tomem por base a alocação de riscos. Poderão existir situações de incertezas (impossíveis de serem previstas) que, igualmente, ensejarão controvérsias sobre eventuais desequilíbrios e as soluções de reequilíbrio.

Contudo, inegavelmente, uma adequada e eficiente regulação da alocação de riscos nos contratos de concessão se constitui em elemento central na concepção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, evitando litígios *ex post* decorrentes de dúvidas sobre a responsabilidade em cada dano ocorrido e renegociações que possam perturbar a própria execução do contrato, além de conferir maior nitidez às situações ensejadoras ou não de pleitos de reequilíbrio<sup>492</sup>.

Entretanto, nem sempre a materialização dos riscos aperfeiçoa-se de forma estanque e totalmente isolada de outros acontecimentos. É bastante comum que existam relações de interdependências entre as obrigações, de modo que um evento possa ser causa direta ou indireta da ocorrência de outro evento, tornando mais complexa a tarefa de investigar se houve ou não situação justificadora de pleito de reequilíbrio do contrato de concessão.

Para melhor visualização da hipótese proposta e mantendo o exemplo supramencionado, suponha-se, então, que o atraso do licenciamento ambiental - obrigação contratualmente atribuída ao contraente público - retarde o início de execução das obras e que, no novo prazo, tenha ocorrido um aumento dos custos de mão de obra, em razão da superveniência de dissídios coletivos das respectivas categorias<sup>493</sup>, sendo esse um risco contratualmente assumido pelo cocontratante.

---

<sup>492</sup> Cf. ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.

<sup>493</sup> As entidades de classe (sindicatos, federações e confederações) e as empresas (ou seus sindicatos), normalmente, negociam regras relativas ao trabalhador representado pela entidade. Quando eles conseguem chegar a um acordo, é estabelecida a Convenção Coletiva de Trabalho (sindicato do empregado + sindicato da empresa) ou o Acordo Coletivo de Trabalho (sindicato do empregado + empresa) que, em geral, define salários, adicionais, estabilidade e outros direitos (plano de saúde, vale-refeição e vale-transporte). O dissídio coletivo é instaurado quando não ocorre um acordo na negociação direta entre trabalhadores ou

Nesse caso, conquanto o risco do aumento pertinente ao custo de mão de obra tenha sido assumido pelo cocontratante, se o contrato tivesse sido executado no prazo ajustado - o que só não ocorreu em razão do atraso do licenciamento ambiental - não teria havido o aumento do custo da mão de obra. Haveria, assim, uma conexão direta entre os dois eventos a justificar o reequilíbrio. O não cumprimento da obrigação implicaria no dever de tolerar atrasos da outra parte, uma vez demonstrada a causalidade direta entre os eventos.

Entretanto, de outro ângulo, poderia o contraente público argumentar que o dissídio da categoria decorreu de uma causa própria e autônoma assumida contratualmente como risco próprio do cocontratante, não tendo sido o atraso na licença ambiental a sua causa direta, mas, sim, o próprio impacto da inflação nos salários dos trabalhadores.

Com esse hipotético exemplo cogitado, pretende-se demonstrar que a simples alocação de riscos, que apenas delimite as responsabilidades dos eventos para cada uma das partes, nem sempre será suficiente para conferir a necessária segurança jurídica, desse modo, abrindo espaço para litígios *ex post* entre as partes.

O que se propugna é que a regulação do contrato de concessão não se limite apenas a descrever os eventos e alocar os riscos para aquela parte que melhor puder gerenciá-los. É possível avançar mais. Sempre que factível pode e deve a regulação do contrato de concessão estabelecer as correlações entre os riscos e as causas, atribuindo, desde logo, as consequências dessas interdependências, em especial, no caso de inadimplementos ou atrasos no cumprimento das obrigações.

Em outros termos e retomando o exemplo cogitado, além de disciplinar que o licenciamento ambiental é competência atribuída ao contraente público, pode o contrato de concessão atribuir os efeitos e a extensão das consequências quando da sua concretização extemporânea, inclusive, delimitando expressamente os impactos nas atribuições da outra parte.

A explicitação dos nexos de causalidade entre os distintos riscos e o cruzamento de eventos que possam guardar interdependência, acompanhado das devidas

---

sindicatos e empregadores. Ausente o acordo, os representantes das classes trabalhadoras ingressam com uma ação na Justiça do Trabalho. Em decorrência desse dissídio, muitas vezes, é pactuado o aumento da remuneração dos trabalhadores, o que impacta diretamente na execução do contrato administrativo. Em que pese o dissídio configurar fato previsível, nem sempre é possível antever a sua extensão ou calcular a sua valorização.

qualificações e responsabilizações no plano jurídico, implica um aperfeiçoamento e completamento do contrato de concessão e um avanço na dimensão da conformação contratual da alocação dos riscos.

Várias são as vantagens na delimitação de uma matriz de risco que se ocupe, também, das interdependências dos eventos e das suas consequências e responsabilidades jurídicas: a) redução de litígios *ex post*; b) evitar comportamentos oportunistas de ambos os contratantes; c) evitar o aumento dos custos de transação que pode decorrer de morosas renegociações contratuais.

Ao retomar o que foi explicitado no Capítulo 2, existem incompletudes que devem ser deliberadamente diferidas para momentos *ex post*, mormente, porque o contexto fático do momento da ocorrência do evento poderá ser determinante para indicar a melhor solução. Não é o caso dos riscos que guardem alguma relação de mutualidade entre si. Aqui melhor será que a regulação do contrato de concessão deles se ocupe.

#### 4.3 Equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio nos contratos de concessão

Um dos eixos estruturantes desta investigação é a relevância da regulação por contrato na delimitação dos múltiplos aspectos da mutabilidade, compreendida no seu sentido *lato*. O tema do equilíbrio econômico-financeiro, especialmente em razão da complexidade que encerra, é matéria que deve ser objeto de zelosa disciplina no contrato de concessão.

A definição do estado ou ponto de equilíbrio de um contrato de concessão é matéria afeiçoada ao contrato e não à lei. O que a lei - e, no caso brasileiro, a Constituição Federal - assegura é o direito em abstrato ao equilíbrio econômico-financeiro. É garantido que o senso de equivalência e justiça capturado no início da relação contratual deve ser mantido durante toda a execução do contrato administrativo, o que, no caso dos contratos de concessão, afigura-se como tarefa ainda mais árdua diante da extensão do prazo.

Seria, de fato, extremamente intrincado pretender que o legislador fosse capaz de disciplinar o regime substantivo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e, em especial, dos contratos de concessão.

Apenas à guisa de exemplo, nem a Lei n.º. 8.987/95 (Lei das Concessões Comuns) nem a Lei n.º. 11.079 (Lei das Parcerias Público-Privadas) disciplinam sobre os aspectos

substantivos do equilíbrio<sup>494</sup>. Identifica-se, assim, uma justificável omissão legislativa a respeito de elementos mínimos que possam preencher o conteúdo material do conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, dada as singularidades e particularidades que orientam a definição do estado de equilíbrio em cada relação contratual.

Porém, no que se refere aos aspectos procedimentais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, poder-se-ia cogitar um avanço normativo com o objetivo de conferir uma maior efetividade às questões que envolvam reequilíbrios. Ao contrário de um regime substantivo de equilíbrio econômico-financeiro, vislumbra-se que a lei poderia ocupar um papel de centralidade na concepção de uma espécie de devido processo legal dos processos de reequilíbrio.

Nesse sentido, por exemplo, as normas legais, regulatórias ou mesmo contratuais devem-se ocupar do prazo necessário para que haja uma definição sobre pleitos e contenciosos dessa natureza. Não é incomum ocorrer o proposital retardamento no exame desses pedidos, com posturas procrastinadoras que em nada contribuem para o atendimento do interesse público.

É inteiramente aplicável nessas situações o princípio constitucional da duração razoável do processo<sup>495</sup>, que foi expressamente explicitado na Constituição Federal de 1988, com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004, com a sua inserção no rol das garantias fundamentais asseguradas aos indivíduos, na forma disposta no inciso LXXVIII, do artigo 5º<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> Maurício Portugal Ribeiro argumenta que: “As nossas leis são completamente omissas sobre os critérios que, da perspectiva econômico-financeira, devem ser utilizados para reequilibrar os contratos. A presunção parece ser que cada contrato tratará dos critérios para tanto, o que seria algo razoável na medida em que o sistema de reequilíbrio do contrato deve considerar as peculiaridades econômicas e financeiras de cada contrato”. (RIBEIRO, Maurício Portugal. E se a lei e o contrato forem omissos sobre os critérios e as metodologias econômicas e financeiras aplicáveis ao contrato, como fazê-lo para reequilibrá-lo?. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/e-se-a-lei-e-o-contrato-forem-omissos-sobre-os-criterios-e-as-metodologias-economicas-e-financeiras-aplicaveis-ao-contrato-como-fazer-para-reequilibra-lo>>. Acesso em: 11 abr. 2018).

<sup>495</sup> A Corte Europeia dos Direitos do Homem firmou o entendimento de que, respeitada as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para que se determine se a duração do processo é, ou não, razoável: a) a complexidade do assunto; (b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; (c) a atuação do órgão jurisdicional. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999. p. 239). No mesmo sentido, é a posição do Supremo Tribunal Federal, firmada no sentido de que: “O direito à razoável duração do processo não é senão projeção do direito de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito a que corresponde o dever estatal de julgar com segurança (elemento técnico) e presteza (elemento temporal).” (STF – HC nº. 112.059. Segunda Turma. Relator: Ayres Britto. Data do Julgamento: 13/03/2012. Data da Publicação: 26/03/2012).

<sup>496</sup> Confira-se a norma constitucional. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo* e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”



De todo modo, a garantia em concreto do equilíbrio econômico-financeiro opera a partir da sua delimitação objetiva no instrumento contratual. São as condições do contrato que devem definir os seus aspectos substantivos, ideia essa que se encontra explicitada no artigo 10 da Lei n.º. 8.987/95 e que conta com reconhecimento doutrinário<sup>497</sup>.

De fato, mesmo contratos de concessão do mesmo setor podem comportar particularidades e demandas específicas que justifiquem a adoção de soluções singularizadas. O contrato de concessão é idiossincrático por natureza.

Ademais, diante da ausência de regras procedimentais nas leis em abstrato, entende-se como desejável que a regulação do contrato de concessão ocupe esse espaço e discipline não apenas os aspectos substantivos do equilíbrio econômico-financeiro (com uma definição adequada de riscos e do sistema remuneratório), mas, também, avance na explicitação das causas dos desequilíbrios e dos mecanismos de reequilíbrio, em particular, no que se refere a uma adequada procedimentalização que confira segurança jurídica e efetividade ao direito material.

O que acontece hoje, ao menos no Brasil, é que, em vários contratos de concessão, a temática do equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio acaba sendo negligenciada<sup>498</sup>. Deve-se evitar a estipulação de cláusulas genéricas assecuratórias do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas sem o indicativo das ferramentas e, principalmente, dos procedimentos para operacionalizar e efetivar o direito.

Equilíbrio econômico-financeiro, desequilíbrios e reequilíbrios são temas tipicamente contratuais, porquanto guardam direta relação com o projeto específico que se pretende implementar, não cabendo soluções uniformes, absolutas ou genéricas.

Em contratos de concessão duradouros, esse é um tema central que guarda direta relação com a mutabilidade. A ocorrência de eventos exógenos que resultem em

---

<sup>497</sup> Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 190-191; MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviço Público: A Inteligência da Parte Geral da Lei 8.987/95. Curitiba: Edição do autor, 2010. p. 466.

<sup>498</sup> No relato de Maurício Portugal Ribeiro: “Lamentavelmente, existem diversos contratos que não possuem regras explícitas sobre a metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Isso é consequência da ignorância dos agentes envolvidos na modelagem do contrato sobre a necessidade de regras específicas para tanto. Essa ignorância provém de uma visão segmentada sobre o contrato de concessão, incapaz de conciliar conhecimento econômico e financeiro com o conhecimento jurídico necessário à modelagem de contratos”. (RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo Profissional de Infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e ppps (mas os nossos juristas ainda não sabem. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 542).

desequilíbrios na relação original deve ser esperada como algo previsível, e não tomada como uma exceção. Por isso que, não obstante o reconhecimento em abstrato do direito ao equilíbrio econômico-financeiro, o que se põe em causa como desafio contemporâneo é a identificação de sua ocorrência no caso concreto, o modo, a forma e o tempo para que a equação econômico-financeira seja restaurada.

Contratos desequilibrados amesquinham os interesses públicos primários, pois, como já referido, a estabilidade econômica e financeira deve ser considerada um valor autônomo e tutelado a partir de uma solidariedade de interesses reciprocamente interdependentes.

Comportamentos adversariais e pautados por visões em curto prazo podem levar as partes a preferirem o caminho de contenciosos administrativos, arbitrais ou judiciais para dirimir questões afetas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Esse é um olhar que não se coaduna com as premissas relacionais assentadas no Capítulo 2, que, como referido, devem constituir a base de relações contratuais duradouras, evolutivas e que estão em permanente estado de mutação.

Fixada essa premissa de que a regulação do contrato de concessão tem muito a acrescentar na conformação do equilíbrio econômico-financeiro, em especial, porque não há como, *a priori*, estabelecer regra de conteúdo material e uniforme sobre o tema, passa-se ao exame das questões afetas ao desequilíbrio e ao reequilíbrio que, se bem disciplinadas, contribuirão para uma adequada operacionalização da própria mutabilidade.

#### 4.3.1 Desequilíbrio e Reequilíbrio: completudes, incompletudes e aspectos procedimentais

Desequilíbrios pressupõem, obrigatoriamente, análises e exames comparativos entre a situação original de equilíbrio e a situação posterior de desequilíbrio<sup>499</sup>. Por isso, o reequilíbrio tem como pressuposto a definição do próprio equilíbrio. Não há como se afirmar que um contrato de concessão está desequilibrado caso não se saiba as condições,

---

<sup>499</sup> Nas palavras de Marçal Justen Filho: “Por decorrência, a quebra do equilíbrio somente pode ser reconhecida por meio de uma comparação entre duas realidades diversas. Uma realidade a ser considerada consiste na formulação teórica realizada pelas partes acerca da contratação. Esses dados têm de ser cotejados com as condições de efetiva execução da contratação, verificadas em momento posterior.”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 398).

critérios e métodos definidores do seu estado de equilíbrio. A regulação do contrato deve se ocupar da definição dos parâmetros que conformam o estado de equilíbrio.

Nessa senda, conferir contornos objetivos para a identificação das causas de desequilíbrio e explicitar as medidas de reequilíbrio é tarefa que se impõe na regulação dos contratos de concessão. Quanto mais exaustivo for esse detalhamento no contrato, maior será o grau de segurança jurídica obtido na relação concessional, sempre com a ressalva de que, diante da sua natural incompletude, não se supõe viável uma descrição analítica de todas as hipóteses que poderão causar desequilíbrios nos contratos de concessão. Seria essa uma pretensão irreal e descasada da realidade tal qual se apresenta.

A temática do desequilíbrio guarda, ainda, estreita conexão com riscos e mutações, conforme assinalado anteriormente. Definições objetivas sobre as situações que podem ensejar a incidência do *ius variandi*, da teoria da imprevisão, detalhamentos sobre as hipóteses objetivas que podem se enquadrar como fato do príncipe, fato da administração, sujeições imprevistas ou mesmo caso fortuito e força maior - categorias de mutação causadoras de desequilíbrios - devem estar no centro da regulação dos contratos de concessão que se dediquem a conferir maior efetividade e concretude à mutabilidade.

A proposta referida no Capítulo 3 é que não basta o contrato de concessão alocar essas mutações de forma genérica e abstrata no mosaico de riscos. Sempre que possível e nos limites da racionalidade humana, é preciso decompor objetivamente o substrato fático de cada uma das referidas causas de modificação, além de explicitar outras situações que não necessariamente se enquadrem na categorização oriunda do Direito francês. Esse é um dos aspectos relevantes para uma alocação de riscos que almeje estabilidade e segurança jurídica da relação contratual duradoura.

Entretanto, não é suficiente uma simples descrição ou decomposição das mutações e dos riscos. À medida que a ocorrência do evento produzir como consequência o desequilíbrio econômico-financeiro da relação original, pode e deve o próprio contrato de concessão explicitar como se operará o reequilíbrio, sempre que for factível estabelecer esse grau de vinculação ou de completamento *ab initio*.

O que se propõe como uma tecnologia contratual moderna é uma direta vinculação entre cada hipótese de desequilíbrio e o mecanismo de reequilíbrio mais adequado, sempre que se evidenciar, pela natureza da ocorrência, a afinidade com uma específica forma de recomposição da economia original do contrato.

Explica-se. Determinadas mutações ou riscos que se configurem como causa de desequilíbrio podem, pela sua própria natureza, sinalizar determinada e prévia forma de reequilibrar a equação econômico-financeira. Pode e deve o contrato de concessão ser explícito no reconhecimento desses eventos, indicando, inclusive, o mecanismo que promoverá o seu reequilíbrio, sempre que a solução se apresentar como a mais efetiva desde logo.

Assim, algumas situações podem comportar, *ex ante*, a definição do modo de reequilibrar mais indicado. Seria o caso, por exemplo, do aumento ou redução de um tributo que incida diretamente sobre os insumos que compõem o preço do cocontratante<sup>500</sup>, configurando típica hipótese de fato do príncipe. Trata-se de fato objetivo e incontroverso a ensejar, como regra, o direito ao reequilíbrio por meio do acréscimo ou redução do tributo na remuneração do cocontratante. Mesmo as hipóteses que configurem a ocorrência de fato da administração podem, igualmente, ser objeto de uma definição explícita *ex ante* da medida de reequilíbrio ou da compensação a que fará jus o cocontratante.

Volta-se ao ponto de inflexão já deduzido ao longo deste trabalho, ou seja, de que o reconhecimento de que os contratos de concessão são naturalmente incompletos não deve inibir que a regulação contratual seja a mais completa possível. Quando se afirma mais completa possível, não se está a tratar de adivinhações ou futurologia, mas de uma previsão regulatória contratual que reflita as características do setor, que esteja amparada nas experiências pretéritas nacionais, internacionais e nas próprias evidências empíricas, tudo com vistas a estabelecer *ex ante* correlações e vínculos lógicos entre circunstâncias, ocorrências e causas de desequilíbrios.

Contratos de concessão devem ser regulados a partir da premissa da interdependência entre os temas e não com a prescrição de cláusulas compartimentadas e estanques. Ora, se essas correlações serão necessariamente deduzidas *ex post* pelos reguladores, árbitros e juízes para resolver problemas concretos que surjam, tanto melhor que o contrato delas se ocupe previamente, por conseguinte, podendo inibir conflitos e contenciosos entre as partes.

---

<sup>500</sup> É o que ocorre nas concessões de serviços públicos regidas pela Lei n.º 8.987/95. Confirma o disposto no artigo 9º, §3: "Art. 9º [...] §3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso". Note que o próprio legislador já define a hipótese como causadora de revisão e explicita o modo de recomposição e reequilíbrio, ou seja, por intermédio da tarifa.

Nem sempre, todavia, será viável materializar desequilíbrios com os graus de vinculação e completude idealmente cogitados. Em inúmeras situações e eventos que podem causar impactos na economia original do contrato de concessão, sem uma apreciação dos fatos não será possível identificar, previamente, o melhor modo de reequilibrar o ajuste.

Conforme a posição adotada no Capítulo 3, as situações que dão ensejo à aplicação da teoria da imprevisão, ocorrência de uma sujeição imprevista ou mesmo de caso fortuito ou força maior podem configurar hipóteses nas quais soluções *ex post* - que deliberadamente promovam uma gestão negativa de riscos - se apresentem mais eficientes, sem alocações *ex ante* de responsabilidades absolutas e sem definição vinculativa do mecanismo apto a reequilibrar o contrato de concessão.

Posto em outros termos, determinadas mutações ou riscos demandam para uma correta avaliação e justo reequilíbrio econômico e financeiro, a verificação das circunstâncias concretas que circundaram a ocorrência do evento. Sem essa delimitação fática, soluções *ex ante* - com excessiva vinculação ou completude - poderão causar mais litígios do que propriamente evitá-los.

É o caso, conforme abordado no Capítulo 3, do impacto de uma crise econômica de grandes proporções nos contratos de concessão. Ainda que a crise seja notória, é indispensável demonstrar e comprovar como suas consequências foram danosas ao contrato de concessão, como se operará a partilha de responsabilidades e encargos e em que medida atingiu, efetivamente, a base objetiva do negócio, configurando causa autônoma para o reequilíbrio.

É possível aduzir que a regulação do contrato de concessão poderá disciplinar reequilíbrios vinculados e completos e reequilíbrios discricionários e incompletos.

Os reequilíbrios vinculados e completos deverão ser regulados no contrato de concessão quando for viável decompor objetivamente a mutação/risco, definir a parte que deve suportar o encargo e, principalmente, determinar *ex ante* a medida mais indicada para restaurar a justa equivalência materializadora do equilíbrio econômico-financeiro original.

Os reequilíbrios discricionários e incompletos são aqueles cuja solução mais adequada será *ex post* e eis que a configuração fática poderá ser determinante para sinalizar a responsabilização da parte que deverá arcar com a restauração do equilíbrio econômico-financeiro e, principalmente, a medida mais adequada para restabelecer a relação de justa equivalência.

Reequilíbrios envolvem constantes negociações e não há nisso qualquer óbice de natureza jurídica, desde que, evidentemente, observados os princípios jurídicos que incidem nas relações contratuais públicas. O princípio da indisponibilidade do interesse público não bloqueia, na sua dimensão contemporânea, a possibilidade das partes buscarem soluções consensuais, inovadoras ou mesmo atípicas que não necessariamente encontram na lei, ou mesmo no contrato, uma previsão expressa que atenda especificamente àquela situação fática que se apresenta.

É da natureza dos contratos relacionais - como o são os contratos de concessão que soluções consensuais sejam estruturadas em conjunto, sempre tomando como ponto de partida o dever de cooperação, a confiança legítima e as condutas integrativas das lacunas contratuais pautadas no princípio da boa-fé.

Como referido no Capítulo 2, os contratos de concessão são incompletos, o que torna impossível prever todas as contingências e todos os modos de resolver questões que se sucedam durante a sua execução. O princípio da juridicidade, com a vinculação do administrador não apenas à lei, mas ao Direito<sup>501</sup>, confere a necessária base jurígena para que essas negociações sobre eventuais reequilíbrios ocorram em ambiências dotadas de maior autonomia.

Ainda no contexto do desequilíbrio, a natureza do evento que perturba o contrato de concessão também é relevante para a compreensão de que a forma e o método do reequilíbrio poderão ser distintos. A regulação do contrato não pode se pretender uniformizadora como se não houvesse variações de grau, intensidade, causas e procedimentos para cada espécie de desequilíbrio.

Não é possível, por exemplo, comparar o desequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão cuja origem tenha decorrido de uma alteração unilateral promovida pelo contraente público, com um desequilíbrio que tenha se configurado após a ocorrência de uma grave crise econômica, totalmente imprevista e estranha à vontade das partes. Trata-se de figuras distintas e que, portanto, devem obedecer a diferentes percursos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato<sup>502</sup>. De

---

<sup>501</sup> Sobre o princípio da juridicidade ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 85; ENTERRÍA, Eduardo García de; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. Curso de derecho administrativo. Buenos Aires: Thomson Civitas, La Ley, 2006. p. 482. v. 1; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A gestão da juridicidade dos contratos administrativos conforme as normas de regência – gerais, pregão, registro de preços e RDC. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, Ano 16, n. 192, p. 22 - 41, dez. 2017.

<sup>502</sup> Pedro Gonçalves explica: “Na verdade, uma coisa é a modificação unilateral imposta pelo contraente público, que, do ponto de vista do co-contratante, implicar, em princípio, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (nos termos do art.261º). Nesta hipótese, há uma sucessão lógica dos seguintes momentos: i) consideração, pelo contraente público, de um facto de interesse público que, na sua

fato, não se pode conferir tratamento jurídico a situações que apresentam suportes fáticos tão díspares.

Não foi por acaso que o legislador brasileiro estabeleceu que, sendo o contrato modificado unilateralmente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será concomitante, a teor do disposto no §4, do artigo 9º, da Lei nº. 8.987/95<sup>503</sup> (que regula as concessões comuns). A causa do desequilíbrio é ato do próprio contraente público. Não se põe em dúvida o sujeito que deve recompor (o contraente público), o aspecto temporal da recomposição (concomitante à alteração) e a própria natureza do objeto (serviço público), capaz de colocar em risco, se mantido o desequilíbrio, a própria prestação do serviço e o atendimento do interesse público primário.

Diversamente ocorre com evento que venha a enquadrar-se, por exemplo, na teoria da imprevisão, quando deverão ser apuradas as causas e identificado, consensualmente, o melhor modo de reequilibrar o contrato por meio de uma solução negociada e equitativa. Como sustentado no Capítulo 3, a responsabilidade pelo reequilíbrio, na forma e no próprio aspecto temporal, pode vir a depender de uma apuração e de uma solução *ex post*, porquanto aqui os elementos fáticos guardam maior indefinição, melhor funcionando uma gestão negativa e deliberada dos riscos, própria da incompletude desses contratos.

O que se sustenta, portanto, é o cabimento na regulação do contrato de concessão de disciplina jurídica, no tocante ao seu reequilíbrio, sem um viés de igualação ou uniformização de situações que se põem em distintos planos fáticos e que, por conseguinte, merecem soluções que considerem suas peculiaridades.

Outro aspecto central na solução de reequilíbrios econômico-financeiros é a sua adequada e efetiva procedimentalização, que se apresenta como mecanismo primacial na

---

óptica, recomenda uma modificação; ii) imposição da modificação de cláusulas contratuais; iii) reposição do equilíbrio econômico do contrato, em benefício do co-contratante (na medida em que não suporte qualquer risco de modificação). Diferente apresenta-se a modificação por força da alteração de circunstâncias; neste caso, a sucessão é a seguinte: i) alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; (ii) pretensão no sentido da modificação, a qual se traduzirá, em regra, numa alteração das cláusulas financeiras, segundo critérios de equidade. No primeiro cenário, a modificação tem como consequência uma revisão financeira: o contraente público modifica por razões de interesse público e, com isso, perturba o equilíbrio do contrato, tendo de compensar o co-contratante (“a modificação desequilibra o contrato”). No segundo caso a modificação traduz-se, em regra, numa revisão financeira: por razões alheias às partes, o cumprimento do contrato torna-se mais oneroso para o cocontratante, que, por isso, requer a modificação (“a modificação desequilibra o contrato”). (GONÇALVES, Pedro. A relação jurídica fundada em contrato administrativo. Cadernos de Justiça Administrativa, Braga: CEJUR, n. 64, p. 40 - 41, jul./ag. 2007).

<sup>503</sup> Assim dispõe o §4º, do artigo 9º: “§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

regulação da mutabilidade nos contratos de concessão. Especificamente no que se refere à temática do desequilíbrio e reequilíbrio, a procedimentalização tem conteúdo garantístico dos direitos das partes, não sendo mera formalidade burocrática, mas mecanismo que confere segurança jurídica e previsibilidade de como futuros pleitos poderão ser endereçados e solucionados.

Isso porque a problemática da efetividade do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão assume especial relevância e dimensão. Não adianta o direito ao reequilíbrio ser abstratamente assegurado na Constituição Federal ou mesmo em leis gerais ou setoriais se o contrato não concretizar esse direito de forma justa, razoável e célere.

Mesmo nos casos em que o equilíbrio econômico-financeiro não é assegurado concomitantemente ao tempo da modificação - como acontece com a alteração unilateral - não se trata de direito que possa ser amesquinhado ou indefinidamente mantido em compasso de espera até que seja produzida alguma decisão administrativa. Afinal, como assinalado, o equilíbrio econômico-financeiro se apresenta como um valor autônomo e que desvela amplitude maior do que os seus meros efeitos patrimoniais ou financeiros, sendo garantidor da estabilidade da relação contratual duradoura, sem a qual não são atendidos os interesses públicos primários.

A procedimentalização é o modo (meio) mais adequado de assegurar efetividade (fim) aos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro formulados pelas partes. Em especial, nos casos de reequilíbrios incompletos, deve o contrato de concessão explicitar como o direito será pleiteado, os prazos para a manifestação de ambos os contratantes, com ampla dilação probatória e, principalmente, como, em qual prazo e quem será responsável por decidir sobre a ocorrência ou não do desequilíbrio. A omissão nessa matéria pode causar enormes prejuízos para o interesse público e para um ambiente público negocial que se pretenda estruturado em valores como a boa-fé e a segurança jurídica.

Os pedidos de reequilíbrio devem, ainda, pautar-se pela premissa conceitual de que a parte que reclama o desequilíbrio não pode ter dado causa ao evento. Seria uma violação ao princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que expressa um valor de justiça traduzido na ideia de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza<sup>504</sup>. É o que ocorreria se a parte causadora do desequilíbrio ainda pudesse extrair benefícios econômicos e financeiros da sua conduta.

---

<sup>504</sup> Sobre o tema, ver RODRIGUEZ, Libardo Rodriguez. El equilibrio económico en los contratos



Daí a relevância de identificar se: a) o desequilíbrio foi causado por uma das partes; b) existe um concurso de condutas aptos a gerar uma corresponsabilidade pelo desbalanceamento da relação econômico-financeira original; c) o evento perturbador foi inteiramente estranho à vontade das partes. Essa identificação *ab initio* permite verificar se o requerente do pleito de desequilíbrio ostenta legitimidade para fazê-lo na sua inteireza.

Correlaciona-se a essa premissa lógica a imperativa demonstração e comprovação do desequilíbrio econômico-financeiro pela parte que o alega. Aquele que invoca o desequilíbrio deve provar a sua ocorrência, o efetivo impacto na economia original do contrato de concessão e, ainda, propor a medida de reequilíbrio capaz de promover a adequada reposição, caso, evidentemente, a regulação *ex ante* já não a tenha definido, como pode ocorrer na hipótese dos reequilíbrios vinculados e completos.

Por vezes, essa demonstração poderá ser mais simples, a depender da notoriedade do evento e do seu impacto no contrato, com uma indiscutível materialidade nas consequências econômico-financeiras. Esse é o caso, por exemplo, de um elevado e abrupto aumento de alíquota de um tributo que incide na formação do preço proposto pelo cocontratante. Não se trata, *a priori*, de desequilíbrio que demandará maiores complexidades na sua demonstração e validação.

Em outras ocasiões, contudo, poderá ser mais tormentoso comprovar que aquele evento causou efetivamente o desequilíbrio do contrato de concessão e qual a exata medida ou o instrumento hábil a repor o estado de equilíbrio original. Em razão de essa temática envolver com frequência dimensões que não se circunscrevem apenas aos aspectos jurídicos - reclamando conhecimentos técnicos, econômicos e financeiros para uma compreensão sistêmica e global da questão - a demonstração efetiva do desequilíbrio poderá ser mais complexa.

Essa dificuldade será especialmente acrescida se o contrato de concessão não tiver sucesso em definir adequadamente o estado de equilíbrio nem regulado adequadamente sobre as hipóteses de desequilíbrio, as medidas aptas ao reequilíbrio e os seus subsequentes aspectos procedimentais. O vazio contratual aumentará, certamente, as potencialidades de litígios, envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro, por

consequente, dando margem a interpretações voluntaristas e subjetivas das partes contratantes.

O certo é que, em nenhuma hipótese, a reposição do equilíbrio econômico-financeiro pode colocar a outra parte em situação mais favorável do que aquela originalmente estabelecida<sup>505</sup>. Reequilíbrios desproporcionais podem criar distorções na equação econômico-financeira original, gerando indevidas vantagens para uma das partes<sup>506</sup>.

É possível que o cocontratante, por conhecer com maior profundidade os custos e o próprio negócio, valha-se dessa assimetria informacional para propor medida de reequilíbrio que maximize sua rentabilidade e os benefícios econômicos extraíveis da relação concessional duradoura<sup>507</sup>. Para além dos eventuais prejuízos causados à sociedade ou mesmo aos usuários (na hipótese dessa reposição apresentar, por exemplo, repercussão na tarifa cobrada pela prestação de um serviço público), existe um potencial dano concorrencial. Indevidos e desproporcionais reequilíbrios têm o condão de alterar a

---

<sup>505</sup> Veja-se, nesse sentido, o item 6, do artigo 282 do Código de Contratos Públicos de Portugal: “6 – A reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco do próprio contrato. Na doutrina essa premissa também é reiteradamente assentada”. Sobre o tema ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 105-109, jan./mar. 2002; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 388; LIPARI, Nicolò. *La formazione negoziale del diritto*. Milão:Giuffrè, 1988. p. 405. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 388.

<sup>506</sup> Maurício Portugal Ribeiro, tratando da aleatoriedade das tarifas como mecanismo de reequilíbrio, dada a incerteza acerca do valor a ser apurado, aduz que: “O objetivo das regras sobre o reequilíbrio do contrato é colocar a parte atingida pelo evento que não é risco seu, tanto quanto possível, nas condições econômica e financeira anterior à ocorrência do evento. Os elementos aleatórios das regras de reequilíbrio acima descritas tornam incerto o valor a ser recebido pelo concessionário por consequência da ocorrência de evento que não é risco seu. Em outras palavras, um sistema de reequilíbrio que inclui aspectos aleatórios é um sistema de reequilíbrio que potencialmente deixa as partes parcialmente ou totalmente desprotegidas dos riscos que são atribuídos pelo contrato ou pela lei a outras partes do contrato. Portanto, um sistema ideal de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato deveria compensar as partes no exato valor do impacto efetivo sobre elas de evento que é risco de outras partes. A parte atingida não deveria nem ganhar, nem perder com o reequilíbrio. Apenas ser colocada na condição exatamente anterior à ocorrência do evento.” (RIBEIRO, Maurício Portugal. *Aleatoriedade em processos de reequilíbrio dos contratos*; o uso de estimativas de demandas para definir o valor da compensação às partes e para medir o valor do desequilíbrio. In: RIBEIRO, Maurício Portugal. *E se a lei e o contrato forem omissos sobre os critérios e as metodologias econômicas e financeiras aplicáveis ao contrato, como fazê-lo para reequilibrá-lo?* Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/e-se-a-lei-e-o-contrato-forem-omissos-sobre-os-criterios-e-as-metodologias-economicas-e-financeiras-aplicaveis-ao-contrato-como-fazer-para-reequilibra-lo>>. Acesso em: 11 abr. 2018).

<sup>507</sup> Para reduzir a assimetria informacional dos processos de reequilíbrio, o contraente público pode averiguar a confiabilidade dos dados e demais elementos econômicos e financeiros apresentados pelo particular. A depender da magnitude do processo de reequilíbrio, pode cogitar a contratação de auditoria externa para validação das informações prestadas, quando isso for impossível de ser feito apenas com o corpo técnico estatal. Nos sistemas duplamente regulados, confia-se que a agência detenha capacidade institucional para examinar e se aprofundar sobre esses processos de reequilíbrio.

equivalência que se formou no momento da apresentação da proposta, vulnerando, ainda que retroativamente, o direito dos demais concorrentes que não foram selecionados em razão de uma proposta cujo núcleo econômico e financeiro foi defeituosamente modificado durante o curso da execução do contrato.

O mesmo pode ocorrer em desfavor do cocontratante quando a medida de reequilíbrio não restaurar a situação original, obrigando, por exemplo, que o particular financie indiretamente obrigações que eram riscos assumidos pelo contraente público, alterando, com isso, a substância econômica e financeira do contrato de concessão. Até haverá uma medida de reequilíbrio, mas que não cumprirá sua finalidade de recobrar o estado original de equilíbrio.

Daí a importância de que os balizamentos e o núcleo essencial do equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio estejam conformados adequadamente no contrato de concessão, ainda que, como mencionado, não seja crível supor viável uma recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que promova uma equivalência linear e matemática entre encargos e remuneração, dada não apenas a complexidade dos elementos que integram o equilíbrio nesses ajustes, mas como em razão, também, da própria mutabilidade endocontratual - compreendida a partir da materialização dos riscos assumidos pelas partes - que pode ir modificando, com alguma constância, o binômio encargo/remuneração originalmente estabelecido.

De todo modo, em qualquer contexto que se ponha em causa o desequilíbrio econômico-financeiro e a partir da premissa relacional estabelecida no Capítulo 2, é consistente sustentar que caberá aos próprios contratantes buscar soluções negociais e consensuais para viabilizar o reequilíbrio do modo mais justo e equitativo possível.

Todavia não se deve ignorar, como anotado no Capítulo 3, que as autoridades administrativas acabam tendo uma mitigada liberdade de negociação para a solução de desavenças, sendo incentivadas pelos órgãos de controle, ainda que reflexamente, a adotar posturas mais defensivas, quanto mais em processos de reequilíbrios de contratos complexos e de elevada expressão econômica e que, ainda, acarretam em uma forte repercussão nos interesses da sociedade.

Entretanto, qualquer que seja a razão impeditiva de uma solução negociada para o desequilíbrio - o que não é incomum de ocorrer considerando a complexidade do tema -, a decisão sobre reequilíbrio não deve ficar a cargo exclusivo e unilateral do contraente público.

A garantia de que um terceiro neutro arbitrará eventuais conflitos que surjam com rela o aos potenciais desequil rios econômico-financeiros parece militar a favor de um ambiente de maior segurança jurídica e redutor de assimetrias, o que não ocorreria se a matéria estivesse atrelada a interpreta es unilaterais do contraente público.

Seguramente, essa seria a soluço mais adequada para situa es de desequil rios controversos e com maior complexidade passa necessariamente pela boa governança e gestão dos contratos. A delimita o dos espaços da media o, concilia o, arbitragem e a própria regula o exercida pelas agências, além de outras ferramentas mais modernas, como   o caso do *dispute board*<sup>508</sup>, torna-se de fundamental importância para que conflitos dessa natureza sejam corretamente endereçados.

Enfim, por todas as razões expostas, a regula o do contrato de concessão deve ocupar-se em: a) estabelecer os marcos definidores do estado do equilíbrio econômico-financeiro; b) objetivar as situa es de desequilíbrio; c) fixar as medidas de reequilíbrio vinculadas e completas, quando possível, e estabelecer os parâmetros para a condu o *ex post* dos reequil rios discricionários e incompletos; d) disciplinar sobre os aspectos procedimentais dos pleitos que tenham por objeto reequil rios, conferindo previsibilidade, celeridade e, conseqüentemente, aumentando o grau de segurança jurídica da rela o concessional duradoura; e) estabelecer uma governa o *ex post* com um terceiro neutro, sendo o responsável por arbitrar eventuais conflitos sobre pleitos de reequilíbrio.

#### 4.3.2 Medidas e parâmetros para recomposi o do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

A delimita o concreta das principais medidas e dos parâmetros que podem ser utilizados para a recomposi o da rela o de justa equivalência originalmente estabelecida apresenta elevada importância na regula o dos contratos de concessão.

São variados os mecanismos que podem instrumentalizar a readequa o do equilíbrio econômico-financeiro original, podendo, sem qualquer pretensão de ser exauriente, cogitar as seguintes medidas que podem atender a essa finalidade: realinhamento de tarifas (quando for o caso de presta o de serviços públicos), expansão

---

<sup>508</sup> Sobre o instituto do *dispute board* já tive a oportunidade de assentar o seguinte: “Trata-se de uma espécie de Comit  de Solu o de Controvérsia, formado por técnicos especializados (via de regra, engenheiros e advogados), que acompanha a execu o do contrato de obra desde o seu nascedouro. Isso permite que o Comit  apresente condi es mais favoráveis para a compreensão de todas as etapas de execu o do objeto e, conseqüentemente, a própria percep o, avalia o e resolu o dos conflitos que dele decorram”. (GARCIA, Flavio Amaral. *Concessões, Parcerias e Regula o*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 243).

das fontes de receitas alternativas, extensão do prazo, reprogramação da outorga devida pelo cocontratante, concessão de subsídios, redefinição dos encargos para adequação da nova realidade, compensações financeiras, entre tantas outras opções capazes de variar em razão do segmento econômico e da própria conformação singular de cada contrato de concessão<sup>509</sup>.

Os mecanismos de reequilíbrio tanto podem ser estabelecidos *ex ante*, como ocorre nas situações que comportam maior grau de vinculação e completude, como podem ser definidos *ex post*, a partir do exercício de competências discricionárias e das deliberadas incompletudes do contrato de concessão.

Mesmo nos reequilíbrios ditos discricionários e incompletos, a escolha da medida mais apropriada para promover a recomposição do equilíbrio original não é inteiramente livre ou subjetiva, sem qualquer conformação ou parâmetro. Ainda que dotada de maior dose de discricionariedade, a escolha do melhor mecanismo de reequilíbrio pode variar de acordo com o próprio substrato fático que originou o desequilíbrio. Em um plano hipotético, a extensão do prazo do contrato pode, diante das nuances fáticas, não se apresentar como o mecanismo mais adequado a recompor a justa equivalência original.

Diante de espaços de incompletude, não existem medidas que sejam, *a priori*, melhores ou mais hábeis a recompor o equilíbrio econômico-financeiro, mas sim aquelas que se apresentam como as mais compatíveis para aquela determinada situação concreta.

Método razoável para definir a medida mais efetiva para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão será o comparativo. O confronto entre as vantagens e desvantagens dos mecanismos de reequilíbrio permitirá extrair - considerando as especificidades do caso concreto - a opção mais adequada para a efetiva recomposição das bases econômicas e financeiras do ajuste duradouro.

Essa análise comparativa deve ser promovida tanto pelo contraente público como pelo cocontratante; afinal, sendo uma medida fundamental para a operacionalização da mutabilidade e para a própria estabilidade do contrato de concessão, não é possível que a decisão do reequilíbrio - consensual ou não - venha amparada por argumentos genéricos, voluntaristas e excessivamente subjetivos. Aqui o princípio da motivação e o princípio da transparência se impõem como pressupostos legitimadores da própria efetivação da medida de reequilíbrio.

---

<sup>509</sup> Examinando algumas dessas formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos ver MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Concessões de Serviço Público. A Equação Econômico-Financeira dos Contratos. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 115 - 117.

Além disso, a avaliação da medida mais adequada a reequilibrar o contrato em cada caso não apresenta dimensão apenas jurídica, mas enfoque essencialmente multidisciplinar, dada a substância econômica e financeira das questões em torno dos desequilíbrios. Portanto, não é por meio de uma análise de cunho apenas jurídico que se extrairá a melhor solução para a recomposição da equação econômico-financeira original, mas por um conjunto de visões integradas que resulte na soma de distintas *expertises*.

É preciso, ainda, que a avaliação da medida que recomponha o equilíbrio econômico-financeira obedeça a critérios de proporcionalidade<sup>510</sup>. Muitas vezes, a eleição de uma medida de reequilíbrio pode até se prestar a alcançar o resultado desejado, mas com considerável risco de causar sacrifício desproporcional a uma das partes ou mesmo a terceiros.

Vale lembrar, como examinado no Capítulo 2, que os contratos de concessão ostentam natureza multilateral e que, por conseguinte, a operacionalização da mutabilidade não pode levar em consideração apenas os estritos interesses das partes contratantes. É pressuposto da legitimidade da medida de reequilíbrio observar os efeitos sistêmicos provocados nos demais atores que integram o plexo de interesses do contrato de concessão.

Também não parece recomendável que o contrato de concessão pretenda estabelecer um rol exaustivo de mecanismos aptos a recompor o equilíbrio econômico-financeiro. Isso porque podem ocorrer situações que demandem soluções que não haviam sido cogitadas pelas partes no momento da celebração do contrato de concessão, mas que se apresentem como um caminho mais efetivo para restaurar o equilíbrio original. Assim, parece melhor que as medidas de reequilíbrio não ostentem natureza taxativa no contrato de concessão, mas caráter meramente exemplificativo<sup>511</sup> que não iniba outros mecanismos concebidos *ex post*, reservando espaços de incompletude para a busca de soluções negociadas e consensuais.

Por sua vez, não se deve afastar um concurso entre as próprias medidas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Não há

---

<sup>510</sup> Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 406.

<sup>511</sup> Esse é, também, o entendimento de Maurício Portugal Ribeiro: “Geralmente, o contrato de concessão ou PPP enumera as formas admitidas de realização dessa compensação. Essa enumeração deve ser sempre interpretada como meramente exemplificativa. Portanto, as partes podem acordar, para a compensação, forma diversa daquelas previstas no contrato”. (RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo Profissional de Infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e ppps (mas os nossos juristas ainda não sabem). MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 543).

impedimento para que a solução adotada conjugue mais de uma medida de reequilíbrio, desde que isso se apresente como a alternativa mais indicada para a recomposição da equação original.

Como já colocado em precedência, a previsão de mecanismos de recomposição do reequilíbrio nos contratos administrativos se revela indispensável porque: a) confere segurança quanto à continuidade da execução e à conclusão satisfatória do objeto, ampliando a possibilidade de concretização do interesse público perseguido pela contratação, visto que o eventual desequilíbrio significativo põe em risco a qualidade e o próprio adimplemento da obrigação; b) permite a obtenção de propostas mais vantajosas (em atendimento à economicidade), pela diminuição de contingenciamentos que os licitantes projetarão sobre as propostas econômicas, a fim de lidar com riscos futuros; e c) concede garantia ao cocontratante contra a maior mutabilidade dos contratos administrativos, notadamente à capacidade de alteração unilateral do contrato pelo contraente público<sup>512</sup>.

Independente da medida de reequilíbrio adotada, é fundamental que sejam observados os seguintes parâmetros conformadores: a) sua reposição não pode colocar a outra parte em situação mais favorável do que aquela originalmente estabelecida; b) não pode resultar em alteração que transforme ou desnature o objeto licitado; c) não pode vulnerar o princípio da concorrência, aspecto esse dotado de maior complexidade e que será examinado mais detidamente no Capítulo 5.

Caberá a cada contrato de concessão estabelecer qual a ferramenta ou o instrumento que servirá para recompor o equilíbrio econômico-financeiro ou mesmo a conjugação de mais de uma metodologia apta a cumprir essa finalidade.

Sem qualquer pretensão de esgotar esse tema dotado de enorme vastidão e cuja dimensão ultrapassa em muito os aspectos estritamente jurídicos, faz-se imprescindível mencionar alguns instrumentos relevantes que vêm sendo utilizados para recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão<sup>513</sup>.

---

<sup>512</sup> Cf GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 371 - 372.

<sup>513</sup> Essa abordagem não é exaustiva, dada a complexidade de ferramentas e instrumentos que podem ser utilizados para essa finalidade de reequilíbrio dos contratos concessionais. O objetivo é referir apenas aqueles instrumentos mais relevantes na perspectiva do estudo da mutabilidade dos contratos concessionais.

#### 4.3.2.1 O Plano de Negócios

O plano de negócios se afigura como um documento hábil que pode referenciar expectativas e projeções do cocontratante. Nas licitações que antecedem os contratos de concessão, podem os potenciais concorrentes apresentar o seu plano de negócios, compreendido como uma estimativa com múltiplas dimensões representativa da sua expectativa com relação à exploração duradoura daquele determinado objeto.

Diante das condições técnicas, econômicas, financeiras, sociais, políticas e até mesmo físicas do empreendimento veiculadas nas minutas de edital e contrato, cabe aos licitantes elaborarem a sua própria avaliação de como pretendem desenvolver o objeto do contrato de concessão, considerando o cenário e a conjuntura apresentados pelo contraente público.

Afinal, não faria nenhum sentido que o contraente público precisasse no edital as soluções técnicas e econômicas para executar o objeto, quando o que se quer é, exatamente, contar com a eficiência do particular, conferindo-lhe a necessária margem de autonomia de meios para atingir os resultados fixados e desejados no contrato de concessão, conforme abordado no Capítulo 2.

Assim, o plano de negócios representa a visão dos licitantes de como pretendem executar o futuro objeto do contrato de concessão. Essa é a ótica própria e singular do particular a propósito do desenvolvimento do empreendimento, compreendendo, ao menos, três dimensões: estratégica, técnica e econômico-financeira<sup>514</sup>. Conquanto não exista um padrão a ser observado de plano de negócios, porque cada contrato de concessão pode, como insistentemente apontado, apresentar as suas próprias especificidades, é esperado que ao menos essas três partes componham sua substância.

Nesse documento ofertado pelo particular, ainda no curso da licitação, suas projeções de despesas e receitas serão delineadas, projetando o fluxo de caixa e a expectativa dos investimentos, bem como a análise dos aspectos físicos, geográficos e socioeconômicos do negócio, a compatibilização da oferta e da demanda e os estudos e as proposições técnicas que ele considera indispensáveis para o desenvolvimento do empreendimento.

Logo, cada licitante poderá apresentar distintos planos de negócio, o que significa visões e estratégias diferentes para desenvolver o objeto do contrato de concessão. Muito

---

<sup>514</sup> Classificação proposta por RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs. Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p.33.



embora integrante da proposta de cada licitante, não é muito comum que o próprio plano de negócios se consubstancie no critério de julgamento definidor do vencedor da licitação, não obstante, quanto ao ponto, não se vislumbre qualquer objeção jurídica, desde que o edital estipule critério ou parâmetro de julgamento estritamente objetivo, o que não é tarefa trivial. De todo modo, o detalhamento do plano de negócios poderá, também, indicar eventual exequibilidade ou não da proposta econômica, evitando “mergulhos” nos preços que possam colocar em risco a futura execução do objeto.

Note-se, ainda, que o plano de negócios não pode ser elaborado em descompasso com as condições e os termos fixados no edital. É a partir daquele conjunto de decisões fundamentais que conformam o objeto da licitação e o próprio contrato de concessão, em especial a matriz de riscos, que os licitantes ofertarão as suas propostas técnica e econômica, cujo detalhamento e premissas deverão estar descritos no seu plano de negócios. A premissa é a de que o plano de negócios tenha sido desenvolvido a partir das condições fixadas no edital e não em contrariedade aos seus termos.

Por exemplo, é razoável supor que o plano de negócios tenha sido elaborado a partir da matriz de riscos definida no contrato de concessão, não havendo espaço ou autonomia para propor ou mesmo sugerir uma divisão ou alocação de risco diversa daquela prevista no edital que, ao fim e ao cabo, acaba por guiar a elaboração da proposta dos demais licitantes. Se há alguma discordância no tocante à alocação de riscos, o caminho natural é a impugnação em sede administrativa ou judicial do edital, mas não a modificação unilateral e pela via transversa do plano de negócios.

Também se põe em causa debater se pode o plano de negócios constituir-se como parâmetro para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Em outros termos, a questão consiste em perceber se as variações que venham a ocorrer com relação ao conteúdo do plano de negócios ou às suas projeções estimadas assumem um caráter vinculante e absoluto ou não.

Realmente, a definição se o plano de negócios deve ser ou não considerado como parâmetro vinculante de reequilíbrio é matéria a ser objeto de regulação do contrato de concessão. Não existe vedação para que isso ocorra, como também não existe dispositivo legal mandatário que obrigue e condicione a que os reequilíbrios utilizem o plano de negócios como parâmetro para restaurar o equilíbrio econômico-financeiro original<sup>515</sup>.

---

<sup>515</sup> Note-se, por exemplo, que nos contratos da 1ª etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais, celebrados no Brasil na década de 1990, era comum que o plano de negócios fosse apresentado como efetivo instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Também nos contratos celebrados na segunda etapa – fase 1 – essa metodologia foi adotada. Já nos contratos de concessão de rodovias da segunda

De todo modo, o fundamental é que a utilização do plano de negócios, como ferramenta de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, não apresente qualquer descompasso com a matriz de riscos contratualmente ajustada.

O caminho seguro para evitar qualquer distorção na utilização do plano de negócios como mecanismo de reequilíbrio é a sua conformação (formal e material) para que qualquer pleito se restrinja única e exclusivamente aos eventos que tenham sido qualificados como risco e alocados contratualmente a outra parte.

Ao revés, utilizar o plano de negócios para assegurar o reequilíbrio econômico-financeiro no caso de eventos assumidos contratualmente pela própria parte significa alterar indiretamente a alocação de riscos, estabilizando indevidamente a remuneração do cocontratante e alterando a própria essência dos contratos de concessão, conforme será aprofundado no próximo item.

#### 4.3.2.2 O Caso Base

O plano de negócios, assim denominado nos contratos de concessão brasileiros, parece encontrar correspondência naquilo que o Direito europeu nomeia como Caso Base e tem por objetivo alinhar os pressupostos jurídicos, econômicos, financeiros e técnicos que as partes tomaram como ponto de partida para celebrar contratos de concessão no setor de infraestrutura.

Como define Pedro Gonçalves (2016)<sup>516</sup>, o Caso Base se constitui no documento que acolhe as projeções, as estimativas e os cenários de ocorrência prováveis quanto à evolução das variáveis que influenciam o desenvolvimento de um negócio, quer no âmbito dos gastos quer no dos rendimentos. Relata, ainda, esse autor, que se trata de um documento frequente nos contratos de concessão e figura como elemento essencial na formação da vontade de contratar do operador econômico, cujo interesse depende das perspectivas de obtenção de um ganho, que constam do Caso Base.

---

etapa – fase 2 – passou-se a utilizar a metodologia do fluxo de caixa marginal e do desconto do equilíbrio, sendo o plano de negócios utilizado de forma residual. Já a 3ª etapa – Fase III – do Programa de Concessão de Rodovias federais, notabilizou-se pela ausência de um plano de negócios como ferramenta para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Cf. VIANA, Felipe Benedito; SOUZA, Henrique Carvalho; BRANDÃO, Renan Essucy Gomes. A utilização de plano de negócios como ferramenta de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de Concessão de Rodovias. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 46, p. 173-174, dez. 2016. De fato, é possível notar certa tendência nos contratos concessionais do afastamento do plano de negócios como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro.

<sup>516</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 561 - 562.

Mário Aroso de Almeida (2015)<sup>517</sup> afirma que o Caso Base representa a equação financeira em que assenta o contrato, na medida em que cristaliza os pressupostos de ordem financeira em que se funda a decisão do cocontratante de contratar. O Caso Base exprime, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Ao referenciar expectativas e projeções, inclusive, dos fluxos de caixa esperados, o Caso Base se apresenta como um elemento crucial para a tomada de decisão de todos os sujeitos envolvidos no projeto concessionário e, até mesmo, principalmente, para as instituições financeiras que mobilizarão recursos no negócio a depender dos dados, das expectativas, das projeções e das estimativas apresentados no Caso Base<sup>518</sup>.

O Caso Base visa - assim como o plano de negócios - retratar a base objetiva do acordo quando do momento da contratação, representando os pressupostos que formaram a vontade dos contratantes e, mormente, as condições econômicas e financeiras que orbitavam quando da decisão de contratar.

Antônio Martins (2014) aduz que o Caso Base consiste no cenário econômico-financeiro central do projeto<sup>519</sup>. Se adotado como ferramenta de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o Caso Base poderá ser utilizado para fins de restaurar o estado

---

<sup>517</sup> ALMEIDA, Mário Aroso. Apontamentos sobre o problema da repartição do risco e do reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão. In: Estudos em Homenagem a Rui Machete. Coimbra: Almedina, 2015. p. 687.

<sup>518</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2016. p. 562. Cf. MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de Obras Públicas. O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2014. p. 699.

<sup>519</sup> MARTINS, Antônio. Project Finance e Medidas de Reequilíbrio Financeiro: uma nota analítica. Revista de Contratos Públicos, Belo Horizonte: Editora Fórum, Ano 4, n. 07, mar./ago, 2015, p. 71 - 72. Explica o referido autor que o Caso Base é composto pelos seguintes elementos: a) plano de investimentos, fulcral para que os acionistas e credores concebam o plano de financiamento e para posterior controle de desvios temporais e monetários entre investimento previsto e realizado; b) estimativa relativa às fontes de financiamento, prevendo montantes de capital próprio e dívida, a taxa de juro a pagar em cada período e o reembolso de passivos financeiros; c) plano econômico-financeiro, contendo, hipoteticamente, numa concessão de rodovia, a estimativa de tráfego, as tarifas a serem cobradas, receitas totais por ano, gastos com pessoal, aquisição de serviços, impostos, dentre outros aspectos; d) a tradução de todas as estimativas mencionadas em três documentos síntese: demonstração de resultados líquidos para o período da concessão (evidenciando lucros ou perdas anuais), demonstração de fluxos de caixa (mostrando a diferença entre pagamentos e recebimentos) e balanço estimado para o final de cada período; e) a rentabilidade prevista para o projeto (TIR) e os indicadores (*ratios*) de equilíbrio financeiro - ADSCR (*Annual Debt Service Coverage Ratio*) e LLCR (*Loan Life Coverage Ratio*) - de extrema importância para que os financiadores controlem sucessivamente a capacidade do projeto para cumprir as obrigações resultantes dos compromissos de financiamento. Explica que o indicador LLCR mede a capacidade de fazer face ao serviço da dívida por referência à vida global estimada para o investimento, já o indicador ADSR mede tal capacidade por referência a cada exercício futuro. Licínio Lopes Martins e Filipa Oliveira apontam que se esses indicadores apresentarem uma evolução negativa demonstra a necessidade de proceder a um reequilíbrio financeiro do projeto, uma vez que os *cash flows* gerados não são suficientes para pagar todo o capital investido. MARTINS, Licínio Lopes; OLIVEIRA, Filipa. O Project Finance no Código dos Contratos Públicos Português e no Direito da União Européia. Revista de Contratos Públicos, Belo Horizonte, Ano 3, n. 5, p. 115-116, mar./ago de 2014.

original sempre que, observada a matriz de risco pactuada, forem alterados substancialmente os pressupostos originais formadores da vontade de contratar, visto que permite comparar a rentabilidade projetada e a rentabilidade efetiva.

Como já referido e independente da nomenclatura que se utilize, é relevante destacar que não há como dissociar o Caso Base (ou mesmo o Plano de Negócios) da alocação de riscos contratualizada. O Caso Base deve refletir as expectativas de obtenção de ganhos econômicos do cocontratante a partir da matriz de riscos pactuada.

Há um exemplo, a respeito do que foi supramencionado, que permite compreender melhor a questão. Caberá reequilíbrio do contrato de concessão se, por exemplo, no Caso Base, o cocontratante tomou como pressuposto que poderia explorar determinado empreendimento, considerando a obtenção de receitas em área anexa ao negócio principal, ou seja, se suas projeções levaram em consideração esse determinado cenário.

Entretanto se, durante a execução do contrato, por razões de interesse público, altera-se a destinação da área, inviabilizando a obtenção das receitas esperadas no Caso Base, tem-se a frustração da expectativa dos ganhos e rendimentos financeiros do cocontratante. Afinal, a utilização da área como parte integrante da exploração do empreendimento era uma premissa que compunha a própria formação de sua vontade em contratar e embasava as estimativas financeiras e projeção de lucros assentadas no Caso Base.

Diferente seria, logicamente, se a projeção e as estimativas cogitadas no Caso Base não se concretizassem no caso de risco assumido pelo próprio cocontratante. Suponha-se, por exemplo, um contrato de concessão no qual o risco da demanda é integralmente assumido pelo cocontratante. Na realidade, poderá ocorrer uma frustração da demanda pelas mais variadas razões, não retratando as expectativas e os ganhos financeiros cogitados no Caso Base<sup>520</sup>. Esse foi um risco assumido pelo cocontratante, não podendo ser referenciado como parâmetro para reequilíbrio das estimativas projetadas no Caso Base.

O Caso Base (assim como o plano de negócios) é uma estimativa do projeto concessionário a partir de pressupostos fáticos que, certamente, não permanecerão inalterados, dada as mutações que, certamente, ocorrerão durante a execução de um

---

<sup>520</sup> Mário Aroso De Almeida argumenta: “Com efeito, se o concessionário contratou em determinadas condições com base em previsões de receitas que vêm a revelar-se muito inferiores ao previsto, tem de assumir-se que este é um risco próprio do contrato, que só não corre por conta do concessionário se for imputável a conduta doconcedente”. ALMEIDA, Mário Aroso. Apontamentos sobre o problema da repartição do risco e do reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão. In: Estudos em Homenagem a Rui Machete. Coimbra: Almedina, 2015. p. 689.

contrato duradouro. A sua utilização como ferramenta de reequilíbrio econômico-financeiro não pode ser compreendida como vinculante e absoluta para restaurar as premissas e o estado original de equilíbrio em toda e qualquer situação. Se assim fosse, não haveria risco na exploração no negócio, assumindo o contraente público todos os encargos e ônus das contingências imprevistas.

Por isso, o Caso Base pode ser utilizado como um importante referencial para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, mas desde que alinhado e coordenado com a matriz de riscos contratualmente estabelecida entre as partes que, afinal, sirva de pressuposto para a própria concepção do Caso Base. Trata-se do mesmo raciocínio, já desenvolvido aqui, relativo ao plano de negócios.

#### 4.3.2.3 Estudo de Caso – As concessões de rodovias do Estado de São Paulo

Problema mais complexo é saber o critério ou parâmetro para calcular o desvio do reequilíbrio, mesmo em situações provocadas por ação ou omissão do contraente público. Imagine a redução do volume de tráfego em rodovia que tenha decorrido de medida imposta pelo contraente público. Dúvida não há acerca do dever de reequilibrar, porquanto houve uma interferência estatal que alterou a variável da demanda.

A questão que se impõe é de outra natureza, ou seja, saber se esse reequilíbrio deve levar em consideração a variação da redução em relação à demanda que foi estimada no Caso Base (ou no Plano de Negócios) ou tomar como ponto de partida para o cálculo do desvio de reequilíbrio a demanda efetivamente concretizada.

Parece acertado considerar que o cálculo do desequilíbrio deve tomar como referência a demanda efetiva e não a estimada. Se assim não for, o *quantum* do desequilíbrio implicará sempre em um desvio que não corresponde à realidade, criando uma situação de injustiça contratual a partir de um critério aleatório e não real<sup>521</sup>.

---

<sup>521</sup> Mário Aroso de Almeida sustenta que a demanda efetiva deve ser o parâmetro de desequilíbrio no exemplo acima cogitado: “A nosso ver, a operação a realizar deve passar, pois por dois momentos. Num primeiro momento, há que corrigir os valores previstos no Caso Base quanto aos volumes de tráfego expectáveis, em função dos volumes efetivamente registrados durante o período decorrido de exploração da concessão, e apurar o desvio que daí resulta em relação aos valores constantes do Caso Base para os critérios chave, e, num segundo momento, há que substituir os valores desse modo obtidos por aqueles que passam a ser expectáveis em consequência da medida adotada pelo concedente, e, em função disso, apurar o desvio que daí resulta em relação aos valores constantes do Caso Base para os critérios chave. É este último desvio, e apenas este, que o concedente deve cobrir para repor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, opus, de outro modo, se estariam a garantir, em qualquer circunstância, os valores constantes do Caso Base para os critérios chave, obrigando o concedente a cobrir desequilíbrios que não lhe são imputáveis e são inerentes aos riscos da exploração, que foram formalmente assumidos pela concessionária”. ALMEIDA, Mário Aroso. Apontamentos sobre o problema da repartição do risco e do

Vale observar que essa questão está sendo objeto de intensa discussão nas concessões de rodovia do Estado de São Paulo. Conforme narra Gabriela Engler Pinto (2018)<sup>522</sup>, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP - celebrou termos aditivos com 12 concessionários, estendendo o prazo para fins de reequilíbrio em razão de três fatores: a) aumento do Imposto sobre Serviços cobrados nos Municípios por onde as rodovias passam; b) majoração de alíquotas de tributos das contribuições relativas ao Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP); c) redução da receita decorrente de parcelamento do reajuste tarifário a menor.

O parâmetro para cálculo do desequilíbrio - que neste caso acarretou como consequência a extensão do prazo dos 12 (contratos) - foi a demanda estimada na sua proposta comercial e nas projeções financeiras da época da licitação e não a demanda real. Havia cláusula contratual que expressava esse referencial como critério para fins de reequilíbrio.

Entretanto, decorridos cinco anos da celebração dos referidos termos aditivos, a Agência contratou estudos da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) com o objetivo de atestar a correção desses cálculos. A conclusão foi no sentido de que o cálculo do desequilíbrio decorrente do aumento dos tributos deveria tomar como referência a receita efetivamente auferida pelos cocontratantes e não aquela estimada na proposta comercial. O argumento utilizado foi no sentido de que, ao usar a demanda estimada na projeção financeira inicial, gerou-se um desequilíbrio a favor dos cocontratantes em torno de dois bilhões de reais. Foram, então, instaurados processos administrativos para invalidar os termos aditivos celebrados, o que resultou na posterior judicialização da matéria.

Não obstante a posição aqui adotada coincida com os estudos que constataram que o reequilíbrio deveria levar em consideração a demanda efetiva, fato é que, nesse caso, o contrato disciplinou como parâmetro referencial para fins de reequilíbrio, a demanda estimada na projeção financeira constante da proposta comercial<sup>523</sup>.

---

reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão. In: Estudos em Homenagem a Rui Machete. Coimbra: Almedina, 2015. p. 690 - 691.

<sup>522</sup> PINTO, Gabriela M. Engler. O caso da anulação dos aditivos de 2006 pela ARTESP: seria diferente à luz da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro? Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/o-caso-da-anulacao-dos-aditivos-de-2006-pela-artesp-seria-diferente-a-luz-da-nova-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro/>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>523</sup> Muito embora não seja o foco do presente estudo, é evidente que o caso comporta uma discussão mais aprofundada acerca dos limites da invalidação dos contratos à luz dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

Como assinalado anteriormente, não há uma definição legal acerca do método para reequilíbrio desta natureza, não sendo ilícito que o contrato tenha definido como parâmetro para cálculo do desequilíbrio a demanda estimada.

Não obstante exista uma margem de autonomia contratual para definir os parâmetros de reequilíbrio, o mais adequado e mesmo recomendável é que os contratos de concessão considerem a demanda efetiva e real - e não a projetada ou estimada. Isso se apresenta como o método alinhado à justiça contratual que, ao fim e ao cabo, originou a própria concepção da teoria do equilíbrio econômico-financeiro, evitando, assim, que uma das partes se coloque em situação de vantagem perante a outra.

Entretanto, também não se pode negar que se a solução contratual leva em consideração outro critério (a demanda estimada) - como ocorreu no caso das concessões de rodovia do Estado de São Paulo - deve-se adotar o método de reequilíbrio consensualmente acordado entre as partes, em atenção aos princípios do *pacta sunt servanda*, da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima.

#### 4.3.2.4 A Taxa Interna de Retorno (TIR)

A Taxa Interna de Retorno (TIR)<sup>524</sup> é uma importante ferramenta econômica e financeira nos contratos de concessão, apresentando, por conseguinte, repercussões jurídicas na concepção do equilíbrio desses ajustes. Trata-se de um índice que tem por finalidade medir a rentabilidade do investimento ao longo do tempo no contexto do projeto concessionário<sup>525</sup>.

---

<sup>524</sup> Marçal Justen Filho assim conceitua a Taxa Interna de Retorno: “A TIR consiste num cálculo para determinar a rentabilidade estimada do empreendimento, considerando todos os aspectos como referidos a um ponto único no tempo. O cálculo da TIR importa, portanto, aplicar uma taxa para padronizar os valores de receitas e desembolsos, independentemente do momento previsto para a sua ocorrência. Esses valores são trazidos a valor presente. A expressão indica o procedimento consistente em eliminar as variações decorrentes do decurso do tempo relativamente às despesas e às receitas. Trata-se de adotar uma data-base, geralmente aquela do momento inicial do empreendimento, para comparação de valores correntes de diversas datas. Isso significa aplicar uma espécie de fator de redução sobre todos os valores. Esse fator de redução, consiste em abater o valor nominal dos desembolsos e das receitas segundo uma certa porcentagem, multiplicada pelo período de tempo previsto para a ocorrência de cada qual. A Taxa Interna de Retorno funciona como uma taxa de juros implícita. É a porcentagem que permite que os valores de desembolsos e receitas, ajustados mediante uma taxa de desconto por ano, resultem em zero. A soma das saídas deve ser igual à soma das entradas após a incidência da TIR”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre a Equação Econômico-Financeira das Concessões de Serviços Públicos: a questão da TIR. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 520).

<sup>525</sup> Cf. GALÍPOLO, Gabriel; HENRIQUES, Ewerton de Souza. Rentabilidade e Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 459-460.

É um método bastante utilizado nos contratos públicos do setor de infraestrutura - assim como o Valor Presente Líquido - para avaliar se o projeto concessionário permitirá ou não a obtenção dos ganhos financeiros, remunerando o investidor a uma taxa que seja atrativa e compensatória dos riscos que serão assumidos na execução do empreendimento. Conforme a perspectiva estritamente financeira, no momento da tomada de decisão, o que o investidor faz é renunciar a outros tipos de investimentos<sup>526</sup>.

Por ser sua função primordial estimar a rentabilidade do empreendimento, parece evidente que se trate de uma projeção que não, necessariamente, configurar-se-á durante a execução do contrato de concessão. Em outros termos, a Taxa Interna de Retorno, projetada à época da decisão de executar o empreendimento, não refletirá, como regra, a Taxa Interna de Retorno efetivamente obtida ao final do ciclo de execução do contrato de concessão, porquanto aquelas variáveis cogitadas no projeto concessionário não permanecerão estáveis durante todo o percurso do contrato<sup>527</sup>.

Pouco provável - para se limitar a apenas uma variável - que a demanda estimada no projeto coincida exatamente com a demanda que se concretizará ao final do contrato de concessão. Contratos dessa natureza comportam diversas complexidades e variáveis que não se manterão uniformes ao longo da execução do contrato de concessão.

Nesse contexto, a utilização da Taxa Interna de Retorno como mecanismo de reequilíbrio dos contratos de concessão deve ser feita com muita parcimônia, a fim de evitar desvirtuamento ou mesmo um absoluto aniquilamento da alocação de riscos contratualmente ajustada.

Como assinalado anteriormente, a Taxa Interna de Retorno estimada por ocasião do projeto de investimentos não se configura como uma espécie de “direito adquirido” do cocontratante, a justificar, por exemplo, que, durante a execução do contrato de concessão, seja mantida estável e uniforme<sup>528</sup>. A maior ou menor rentabilidade obtida com a execução do contrato de concessão dependerá de uma série de fatores e da ocorrência ou não dos riscos contratualmente assumidos pelas partes, além, é claro, da

---

<sup>526</sup> Cf. BROGHAM, Eugene F.; HOUSTON, Joel F. Fundamentos da Moderna Administração Financeira. São Paulo: Campus, 2002. p. 386. GITMAN, Lawrence J. Princípios da Administração Financeira. 10. ed. São Paulo: Pearson; Addison Wesley, 2004. p. 344.

<sup>527</sup> Cf. GUASH, J. Luis. Granting and renegotiating infrastructure concessions – doing it right. Washington: World Bank Institute, 2004. p. 35 - 37; EHLRICH, Pierre Jacques. Avaliação e seleção de projetos de investimento: critérios quantitativos. São Paulo: Atlas, 1997. p. 15.

<sup>528</sup> Na mesma linha é o entendimento de GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 116-117.



própria eficiência do cocontratante na execução do empreendimento, que poderá resultar em uma diminuição ou majoração dos lucros estimados.

Estabilizar a Taxa Interna de Retorno significa suprimir os riscos do cocontratante, desnaturando, por completo, a essência do contrato de concessão e a sua espinha dorsal materializada na alocação contratual dos riscos. Para além disso, eliminam-se os incentivos para que o cocontratante atue de forma eficiente na obtenção dos ganhos de produtividade. Isso não parece militar a favor da eficiência que a Taxa Interna de Retorno sirva como um critério absoluto e restaurativo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos concessionais toda vez que a projeção inicial de rentabilidade estimada do projeto não se concretizar<sup>529</sup>.

Qualquer exame sobre o reequilíbrio, como apontado, depende da análise da natureza do evento que desequilibrou o contrato e do seu enquadramento na matriz de risco. Poderá ser a Taxa Interna de Retorno utilizada como mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro apenas naqueles casos de riscos não assumidos pelo cocontratante e quando não foi o responsável pela ocorrência do evento que descalibrou a equação econômico-financeira original. Isso poderá, nessas hipóteses, servir como uma métrica para apurar e dimensionar o quantitativo e o montante do desequilíbrio.

---

<sup>529</sup> Esse equivocado modelo foi adotado nos contratos da Segunda Etapa do Programa Federal de Concessões Rodoviárias. Confira-se, a propósito, as cláusulas 6.1 e 6.5 do contrato de concessão da Rodovia Regis Bittencourt (Edital nº. 01/07): “6.1. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão é definido pelo fluxo de caixa descontado considerado que assegure a Concessionária a Taxa Interna de Retorno não alavancada pactuada quando da assinatura deste Contrato de Concessão. [...] 6.5. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão será mantido ao longo da sua vigência e considerado nos processos de reajuste e revisão tarifária, de modo a assegurar a Taxa Interna de Retorno não alavancada, assumida no Leilão e especificada segundo as condições do edital de licitação”. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/20090727contratoautopistaregisbittencourt.pdf>>. Acesso em: 05/06/2018. Com o mesmo sentido, veja-se o item 2, do Anexo IV (Método de Reajuste e Revisão Tarifária) constante do Contrato de Concessão do Serviço de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado de Goiás: “2. Revisão Tarifária Trienal: [...] Por meio dessas informações, será calculada a tarifa que toma o Valor Presente Líquido de toda a concessão igual a zero. O procedimento garantirá a remuneração justa do empreendimento, conforme a TIR fixada no Edital (8,67% a.a), compensando desvios temporários, para mais ou para menos, observados no triênio que se encerra”. Disponível em: <<http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2013-05/anexo-iv---reajuste-e-revisao.2cons.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

#### 4.3.2.5 O fluxo de caixa marginal

Atualmente, a metodologia do fluxo de caixa marginal vem sendo bastante utilizada, pelas Agências Reguladoras<sup>530</sup> e pelo próprio Tribunal de Contas da União<sup>531</sup>, como parâmetro para o reequilíbrio dos contratos de concessão. A utilização do fluxo de caixa marginal, atualmente, é considerada uma metodologia adequada especialmente quando novos investimentos são aportados no contrato de concessão<sup>532</sup>. Nesse caso, não se recorre à taxa de rentabilidade original fixada à época da celebração do contrato, mas se calcula a rentabilidade a partir da segregação das despesas e receitas dos novos investimentos à luz do seu contexto econômico e não do momento da pactuação do contrato de concessão<sup>533</sup>.

Com o método de fluxo de caixa marginal para os novos investimentos, admite-se mais de um critério de rentabilidade do contrato de concessão. Não há qualquer óbice na adoção dessa solução, já que os novos investimentos são rentabilizados e precificados de forma apartada do equilíbrio econômico-financeiro original, o que permite considerá-

<sup>530</sup> Ver sobre o tema a Resolução nº. 3.641/11, alterada pela Resolução nº. 4.339/14 da Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Resolução nº. 3.220/14 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e a Resolução nº. 355/15 da Agência Nacional de Aviação Civil.

<sup>531</sup> Entre outros, ver os seguintes acórdãos que tratam da disciplina do fluxo de caixa marginal: Acórdão nº. 101/2007, Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, publicado no DJ de 07.02.02, Acórdão nº. 2.154/07, Plenário, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, publicado no DJ de 10.10.07, Acórdão nº. 682/10, Plenário, Relator Walton Alencar Rodrigues, publicado no DJ 07.04.10, Acórdão nº. 939/11, Plenário, Relator Ministro Valmir Campelo, publicado no DJ de 13.04.11, Acórdão nº. 2.927/11, Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, publicado no DJ 09.11.11, Acórdão nº. 3.234/11, Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz, publicado no DJ de 07.12.11, Acórdão nº. 2.573/12, Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro, publicado no DJ de 10.10.12, Acórdão nº. 2.905/14, Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer, publicado no DJ de 29.10.14, Acórdão nº. 2.061/15, Plenário, Relator Ministros José Múcio Monteiro, publicado no DJ de 19.08.15 e Acórdão nº. 2.200/15, Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes, publicado no DJ de 02.09.15.

<sup>532</sup> É o que se observa na Cláusula 22.5 do Contrato de Concessão da Rodovia Federal BR-05/GO/MG. Confira-se: “22.5 Fluxo de Caixa Marginal 22.5.1 O processo de recomposição de evento não sujeito a aplicação do Fator D e do Fator C será sempre realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, nos termos de regulamentação específica.” Tal previsão também se encontra presente, por exemplo, na Cláusula 6.28 do Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração do aeroporto de Porto Alegre – Salgado Filho. Ressalta-se que em tal concessão o método do Fluxo de Caixa Marginal é tão utilizado que a sua regulamentação foi positivada em anexo próprio. Veja-se: “6.28. Para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser considerado, além de norma da ANAC específica sobre o assunto, o Anexo 5 – Fluxo de Caixa Marginal, em que estão previstos os procedimentos para a elaboração do Fluxo de Caixa Marginal de cada evento gerador do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, a fim de calcular a compensação financeira que anule os impactos financeiros positivos ou negativos do evento que ensejou o desequilíbrio”.

<sup>533</sup> Nas precisas palavras do Ministro do Tribunal de Contas da União, Walton Alencar Rodrigues, por ocasião da prolação do Acórdão nº. 2.927/11, Plenário: “Como bem ressaltou a unidade técnica, em sua última instrução, as condições de financiamento e de custos de materiais e serviços das concessionárias, para fazer frente aos investimentos não previstos originalmente nos encargos das concessionárias, são baseadas na realidade de mercado da época de sua efetivação, e não nas condicionantes da ocasião da celebração dos contratos”.

los à luz da realidade presente e não retroativamente à época na qual a contratação se consumou.

Mais complexo e polêmico é quando se pretende utilizar a mesma metodologia para rever a taxa de rentabilidade da época da contratação em razão da mudança da conjuntura econômica. Esse é um debate que se vem colocando, no Brasil, a partir de provocações do Tribunal de Contas da União<sup>534</sup>, que, por considerar elevadas as margens de lucro dos cocontratantes, compreende que a mudança do cenário econômico, com maior estabilidade e de menor incerteza, justifica a alteração da rentabilidade dos contratos de concessão.

A questão de fundo que se coloca é saber se a mutação do cenário econômico é causa apta a provocar o desequilíbrio econômico-financeiro a favor do contraente público e dos próprios usuários que, em certa medida, acabam arcando com tarifas mais elevadas por ter sido a licitação realizada em momento de elevada instabilidade econômica.

Põe-se em causa uma problemática retroatividade que pode implicar em uma afronta ao princípio da segurança jurídica. Isso porque a decisão de investimento do cocontratante se deu a partir da conjuntura econômica da época na qual apresentou a sua proposta e, particularmente, considerando o custo de oportunidade<sup>535</sup> do investimento naquele cenário. Retroagir para modificar a rentabilidade econômica e financeira do projeto pode causar alteração unilateral de uma cláusula econômica e abrupta ruptura com o *pacta sunt servanda*<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup> No relato de Heloisa Conrado Caggiano e Daynara Baros Tajra Borda: “Veja que, na prática, o contexto em que o fluxo de caixa marginal foi inserido em contratos de concessão no Brasil foi a insatisfação dos órgãos de controle externo com altas tarifas e altas taxa de rentabilidade inseridas nos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais, que, segundo, o TCU, revelaria um desequilíbrio na equação econômico-financeira dos contratos.” (CAGGIANO, Heloisa Conrado; BORDA, Daynara Baros Tajra. *Análise do Mecanismo de Fluxo de Caixa Marginal em Contratos de Concessão a partir da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno. A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 154).

<sup>535</sup> Eliseu Martins apresenta uma síntese da atual visão econômica sobre o custo de oportunidade como: “a identificação do conceito de custo de oportunidade com a teoria da escolha é uma tendência que se observa mais explicitamente na literatura econômica moderna. Para os economistas, custo é, também, aquilo que o decisor sacrifica ou abandona ao fazer uma escolha. É constituído da própria avaliação que o indivíduo faz do prazer ou utilidade, cuja exclusão prevê como necessária, em decorrência da sua seleção de cursos alternativos de ação. Qualquer oportunidade de lucro que se encontre dentro do campo da possibilidade e seja rejeitada transforma-se no custo de empreender o curso da ação preferida.” (MARTINS, Eliseu. (Org.). *Avaliação de Empresas: Da Mensuração Contábil à Econômica*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 189).

<sup>536</sup> Fernando Vernalha Guimarães aponta a impropriedade: “Por fim, é fácil perceber que alterar a TIR significará alterar o conteúdo econômico do contrato, o que violará os princípios da *pacta sunt servanda*, da *lex inter partes* e da manutenção da equação econômico-financeira do contrato. É até ocioso lembrar que o conteúdo econômico dos contratos administrativos é intangível. A pretensão de se adequar a TIR a novos contextos econômicos e mercadológicos importa modificação dos elementos econômicos do contrato, porquanto as compensações financeiras acabarão impactando ou a receita ou as despesas da concessão a depender da forma de compensação. Tal como afirmado acima, alterar a TIR real da concessão

### 4.3.3 As medidas antecipatórias de preservação do equilíbrio econômico-financeiro

Em contratos duradouros, como o são os concessionais, não basta disciplinar os mecanismos de reequilíbrio e de recomposição que decorram de situações extraordinárias ou mesmo das mutações oriundas da categorização do Direito francês examinadas no Capítulo 3. Igualmente relevante é a regulação das medidas assecuratórias da manutenção e preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão<sup>537</sup>.

Além disso, essas medidas guardam, do mesmo modo, direta relação com a temática da mutabilidade, porquanto já se sabe, de antemão, que aquelas determinadas variações e mutações suceder-se-ão de modo a justificar que o contrato de concessão antecipe a forma de lidar com essas modificações. Assim, dois são os principais mecanismos nos contratos de concessão duradouros que operacionalizam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro com uma regulação de cunho antecipatório da própria mutabilidade: o reajuste e a revisão ordinária.

#### 4.3.3.1 O reajuste

O reajuste consiste na solução previamente definida pelo contrato para readequar a remuneração contratual perante variações de custos no tempo. O comum nas economias regidas pelo livre mercado – e sem controle estatal de preços – é que os preços nominais dos insumos e os salários dos trabalhadores aumentem gradualmente. A grosso modo, o reajuste serve, usualmente, para combater a inflação.

Vale notar que esse mecanismo se opera independentemente de variações significativas, não demandando, a rigor, a existência de desequilíbrio. É um mecanismo

---

tanto para adequá-la a TIR referencial – quando esta for tomada por fator de reequilíbrio – como para adequá-la a uma TIR alinhada com os padrões de mercado significará o desvirtuamento de sua matriz de risco e a alteração dos elementos econômicos do contrato de concessão. É solução, por isso, indubitavelmente proscrita pelo direito.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 99-117).

<sup>537</sup> Não seria descabido nem equivocado enquadrar essas medidas como mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, já que algumas variáveis do contrato serão alteradas com o advento do reajuste ou da revisão ordinária. Mas, ao categorizar o reajuste a uma revisão ordinária como mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, pretendeu-se dar maior ênfase à sua previsibilidade no instrumento contratual e à definição prévia dos métodos que serão utilizados para assegurar e manter a equação econômico-financeira originalmente estabelecida.

preventivo aplicado de forma vinculante para impedir que o desequilíbrio chegue pelo impacto que o tempo costuma exercer sobre os custos da atividade.

Assim, o reajuste tem por objetivo recompor o valor proposto pelo licitante em razão do regime inflacionário da economia<sup>538</sup>. Para tanto, é usual que o contrato administrativo estabeleça índices setoriais para avaliar, especificamente, a variação dos custos (insumos, incluindo a mão de obra) incidentes sobre o objeto do contrato<sup>539</sup>. Tal técnica já foi demasiadamente utilizada no Brasil em tempos de moeda instável e a sua periodicidade é anual desde o advento do Plano Real, que estabilizou a economia. Atualmente, a matéria é regida pela Lei nº. 10.192, de 14/02/2001.

Essa periodicidade anual é contada a partir da data da apresentação das propostas<sup>540</sup> ou da data do orçamento à qual se refere. Isso porque não se ignora que, entre a data da apresentação da proposta na licitação e a efetiva celebração do contrato, decorra tempo suficiente para desatualizar o valor real originariamente ofertado e os custos do cocontratante; daí a previsão legislativa do reajuste como forma de salvaguardar e manter incólume o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Pela própria relevância do equilíbrio nos contratos de concessão, a escolha do critério de reajuste não é subjetiva, considerando que o seu conteúdo é substancialmente econômico, devendo refletir o mais fielmente possível a variação de custos que compõem a remuneração do cocontratante à luz das especificidades da formação do preço. Identificar o método que melhor retrate a mutação dos custos da remuneração a que faz jus o cocontratante é tarefa que se impõe na regulação do contrato de concessão para, desse modo, evitar desbalanceamentos que coloquem em risco a estabilidade do pacto.

Especificamente no caso dos contratos de concessão, considerando as inúmeras variáveis que podem integrar o preço, a cláusula de reajuste deve, tanto quanto possível,

---

<sup>538</sup> Cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de Serviço Público. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 91 - 92. CÂMARA, Jacintho Arruda. Tarifa nas concessões. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 176. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 403. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 194.

<sup>539</sup> Nas palavras de Marçal Justen Filho: “A desvalorização monetária produzia perdas variáveis e distintas nos diferentes segmentos da atividade econômica. A atividade de produção de um bem não podia ser tratada uniformemente com a situação do credor por valor monetário. Para executar certo bem ou prestar um serviço determinado, o sujeito estaria sujeito a variação de custos das mais distintas. Portanto, admitia-se que o reajuste fosse produzido através de índices setoriais ou, mesmo, índices especiais produzidos pela conjugação de índices distintos”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Reajuste de preços e garantias constitucionais. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 61, p. 170, mar. 1999).

<sup>540</sup> Confira-se o disposto no artigo 3º §1º, do citado diploma legal: “Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarern, da Lei nº. 8.666, de 21/06/1993. §1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data-limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.”

ser composta por fórmula específica que expresse e quantifique o aumento dos custos incidentes naquele determinado objeto<sup>541</sup>, o que se revela como alternativa mais razoável e eficiente do que a simples prefixação de um índice, ainda que setorial, que nem sempre refletirá as variações pontuais da economia daquele contrato<sup>542</sup>.

Várias são as consequências que podem decorrer de uma inadequada escolha do método de reajuste.

Em primeiro lugar, o risco de dificuldades na execução do objeto contratual pode ser maximizado. Se o preço de determinado insumo que seja significativo para a execução do objeto não está previsto de modo detalhado no valor do contrato - por exemplo, no caso da energia elétrica - e se houver um súbito aumento das suas tarifas que cause um ônus excessivo para a execução do contrato, não haverá alternativa para o caso senão a revisão contratual. Ocorre que a revisão extraordinária, aplicável para corrigir a defasagem entre preços e custos, costuma desencadear um procedimento lento e complexo, o que pode sacrificar o fluxo de caixa do cocontratante, promovendo impacto financeiro ao contrato de concessão e demandando, ainda, tempo dos agentes públicos para análises e decisões.

Uma segunda possível consequência é a obtenção de propostas mais onerosas, por causa de contingenciamentos feitos pelos licitantes para mitigar eventuais riscos futuros de descasamento entre remuneração e custos.

E, como terceira consequência, pode haver diminuição da competitividade na licitação, pois o risco de se operar com *deficit* contratual por longo período pode ocasionar insegurança e desinteresse de potenciais interessados.

Outro ponto a justificar maior atenção na questão do reajuste é a sua efetividade. Em alguns setores, a competência para decidir sobre o reajuste tem sido atribuída às

---

<sup>541</sup> Sobre o tema ver CÂMARA, Jacintho Arruda. Tarifa nas Concessões. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183 - 184.

<sup>542</sup> O Tribunal de Contas da União tem alertado para a necessidade de estabelecimento de eleição de índice de reajuste que retrate a variação efetiva dos custos de produção. Sobre o tema ver os Acórdãos nº. 1.196/2005, 36/08, 3.237/12, 2.496/14. Inclusive no Acórdão nº. 1.196/2005, também do Plenário, aquela Corte de Contas, pelo Voto do Relator Marcos Bemquerer, registrou ser “natural que determinado índice não projetado especificamente para determinado setor não reflita, com a necessária precisão, o comportamento da variação dos preços necessários a um reajuste que mantenha a equivalência inicialmente proposta. Situação ideal é aquela em que os índices de reajustes reflitam exatamente as variações de cada insumo necessário à prestação do serviço.” O caso apreciado, por sinal, versava sobre contrato que adotara índice geral de preços da economia como critério de reajuste para revisão tarifária em serviços de telecomunicações. A opção adotada despertou preocupação pelo fato de permitir distorções que demandariam revisões constantes para reestabelecer a equação econômico-financeira da proposta. Novamente foi externado o ponto de vista de que o “desequilíbrio pode ser minimizado quando o índice adotado refere-se a um índice específico para o setor, capaz de melhor refletir a variação dos preços dos insumos necessários à prestação dos serviços”.

Agências Reguladoras<sup>543</sup>, especialmente, quando exercem também a função de Poder Concedente. A teor do disposto no artigo 29, inciso V, da Lei n.º. 8.987/95, a competência para homologar o reajuste é do Poder Concedente<sup>544</sup>, apresentando natureza de ato vinculado<sup>545</sup>, pois não enseja margem para apreciações subjetivas ou discricionárias, devendo ser aplicado o índice ou a fórmula contratualmente estabelecida.

É indiscutível que eventual omissão regulatória na definição do reajuste pode causar impacto no equilíbrio econômico-financeiro original. Por essa razão, algumas leis setoriais<sup>546</sup> admitem que o cálculo do reajuste do valor da tarifa seja elaborado pelo próprio cocontratante e, posteriormente, submetido ao regulador; que tem um prazo determinado para se manifestar e, se for o caso, aprovar o reajuste. No caso de omissão do regulador, estaria o cocontratante autorizado a colocar em prática as condições constantes da sua proposta de reajuste. Trata-se de atribuir efeitos ao silêncio administrativo<sup>547</sup> como

---

<sup>543</sup> Nesse sentido, tem-se como exemplo a Lei n.º. 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, que dispõe: Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: [...] VII – proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda; [...] Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: [...] VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda.

<sup>544</sup> Dispõe o artigo 29, V, da Lei n.º. 8.987/95: Art. 29. Incumbe ao poder concedente: [...] V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

<sup>545</sup> Compreendendo que a homologação do reajuste é um simples reconhecimento de um direito existente ver SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 328.

<sup>546</sup> A Lei n.º. 9.427/1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, por exemplo, dispõe o que segue: "Art. 15. Entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas: [...] IV - em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato. §1º A manifestação da ANEEL para a autorização exigida no inciso IV deste artigo deverá ocorrer no prazo máximo de trinta dias a contar da apresentação da proposta da concessionária ou permissionária, vedada a formulação de exigências que não se limitem à comprovação dos fatos alegados para a revisão ou reajuste, ou dos índices utilizados. §2º A não manifestação da ANEEL, no prazo indicado, representará a aceitação dos novos valores tarifários apresentados, para sua imediata aplicação."

<sup>547</sup> Sobre os efeitos do silêncio administrativo ver FREITAS, Juarez. Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, Ano 15, n. 78, p. 15-27, mar./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92554>>. Acesso em: 25 abr. 2018. BRANDÃO, Cláudio. O controle das omissões e do silêncio da Administração Pública. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 9 - 10. PÉREZ HERNÁNDEZ, Antonio. El silencio administrativo en la ley de 18 de marzo de 1944. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 02, p. 131 - 142, mai./ago., 1950; FALLA, Garrido. La llamada doctrina del silencio administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 16, p. 85 - 115, jan./abr., 1955; ENTERRÍA, Eduardo García de. Sobre silencio administrativo y recurso contencioso. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 47, p. 207-227, mai./ago., 1965; VALDIVIA, Salvador Martín. El silencio administrativo como garantía de los derechos de los particulares. Un análisis comparativo de la nueva regulación legal de la institución. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 149, p. 423 - 456, mai./ago., 1999; PÉREZ, José Ignacio Morillo-Velarde. El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido e unas posibilidades inéditas. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 159, p. 87 - 135, set./dez., 2002.

mecanismo hábil a conferir efetividade à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato<sup>548</sup>.

A solução adotada na Lei n.º. 11.079/04 (que regula a parceria público-privada) buscou conferir ainda maior efetividade ao reajuste, ao prescrever no §1º, do artigo 5º, que as cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pelo contraente público, exceto se essa publicar na imprensa oficial, até o prazo de 15 dias após a apresentação da fatura, razões fundamentadas nessa lei ou no contrato para a rejeição da atualização. O silêncio do contraente público valida o reajuste, ao passo que uma eventual discordância deverá ser publicada e motivada.

#### 4.3.3.2 A Revisão Ordinária

A revisão ordinária é assim denominada exatamente por ser prevista no contrato de forma programada e por efetivar-se, independentemente de um quadro de grave desequilíbrio. Tal situação representa a percepção de que o próprio sistema de reajuste não é suficiente diante da complexidade inerente aos contratos de concessão.

Trata-se de um procedimento contratual periódico para acompanhar ganhos e perdas que não podem ser previstos (ou devidamente estimados) na origem do contrato e que passarão ao largo do sistema de reajuste, tais como evoluções técnicas (e

---

<sup>548</sup> Cabe referir decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo do Instrumento n.º. 70000809517, em 11/10/2000, pela Segunda Câmara Cível, tendo sido Relatora a Desembargadora Teresinha de Oliveira Silva, que não acolheu esta sistemática de reajuste. Transcreve-se trecho do referido acórdão: “O cerne da questão está, a meu sentir, em se saber se podem as concessionárias, *sponte sua*, promover o cálculo do reajuste das tarifas, com base no contrato firmado com o Poder Público (cláusulas 7.1.1, 7.1.2 e 7.2.4), regido pela Lei no 8.987/95, que trata dos contratos de concessão, ou não, porque o pacto encerra nulidade das referidas cláusulas, Ainda pode-se questionar, na hipótese de viabilidade da promoção dos reajustes em pauta, que tal promoção dependeria de que o referido cálculo fosse submetido à apreciação do DAER, para a verificação de sua correção, diante do inegável interesse público a ser resguardado, conforme pretendem o Estado e o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem - DAER. A matéria se apresenta complexa, senão vejamos: Penso que, em se tratando de pedágio, e considerada como tarifa a contraprestação alcançaria pelo usuário, comporta realização de contrato bilateral, sinalagmático, onde a livre manifestação de vontade das partes é a tônica; o aumento da sua *tarifa* deve ser adequadamente avaliado, para que não reste prejudicado o próprio caráter de modicidade que encerra essa modalidade de exploração, o que qual não pode afetar o direito de ir e vir daqueles que pagam pela utilização do serviço. De considerar, também, que uma tarifa majorada, mesmo que com base num contrato de concessão, sem a fiscalização e homologação do Poder Público, parece-me procedimento açodado, que poderá causar aos usuários dessas rodovias, dano irreparável ou de difícil reparação.” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento no 70000809517, Relatora: Desembargadora Terosinha de Oliveira Silva, Julgamento: 11/10/2000, Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível). Em sentido oposto, admitindo o silêncio como apto a viabilizar o reajuste e para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ver a decisão do Tribunal Regional Federal – 4ª região, SL 2004.04.01.005676-7, Relatora Desembargadora Federal MARIA Lúcia Leiria, publicado no DJ de 10.03.04.



tecnológicas) incidentes sobre as atividades, ganhos de produtividade e eficiência ou mesmo variações de custos não mensuradas pela cláusula de reajuste<sup>549</sup>.

Nos contratos de concessão - duradouros por natureza - a revisão ordinária consiste em um importante mecanismo para operacionalizar racionalmente as mutações e alterações a que se sujeitam tais ajustes. Não se trata de um novo contrato ou mesmo de nova identidade, mas de uma adequação às condições enfrentadas pela execução de longo prazo.

Numa perspectiva mais pragmática, a revisão ordinária vem a ser uma releitura, com prazo certo e determinado, que se oportuniza aos contratantes para alinharem os contratos às novas circunstâncias. Implica um reconhecimento *ex ante*, das próprias partes, de que aquelas condições fixadas inicialmente não são imutáveis ou herméticas, autorizando-as a rever alguns aspectos da relação contratual com vistas a manter a estabilidade do contrato de concessão.

Guarda, portanto, direta relação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão a partir de uma compreensão dinâmica e da sua intrínseca mutabilidade, a reclamar uma constante reavaliação periódica para correção de eventuais distorções.

A previsão de prazo certo para a revisão decorre da própria natureza ordinária dos eventos que acometem a relação contratual. Vale dizer, não se tratam de ocorrências extraordinárias que causem onerosidade excessiva a uma das partes, mas flutuações, variações, compensações e modificações consideradas absorvíveis e razoavelmente esperadas em contratos administrativos duradouros e que serão realinhadas, de tempos em tempos, nas sucessivas revisões ordinárias. Por isso que o decurso do tempo é requisito para a sua efetiva ocorrência.

Assim, é importante referir que as revisões ordinárias se sujeitam a limites e a balizas, que estão circunscritas ao núcleo essencial do contrato de concessão e da própria proposta ofertada na licitação. Não há uma liberdade absoluta para os contratantes no

---

<sup>549</sup> Segundo Floriano Marques de Azevedo Neto, “nessa modalidade de revisão, o pacto estabelece uma periodicidade (em regra, trienal ou quinquenal) e os procedimentos pelos quais as partes repassam a estrutura econômica da concessão – normalmente sua estrutura de custos – e repactuam as premissas econômicas e financeiras para, tomando o crivo contratual e a divisão dos riscos, manter o contrato em situação de neutralidade. A revisão ordinária denota claramente o caráter de pacto regulatório do contrato de concessão, pois nela são contemplados procedimentos de repactuação econômica do ajuste”. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 192). Como observa Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida, a revisão ordinária acaba exercendo função corretiva sobre a concessão, assimilando-se a perspectiva de que o critério de reajuste tende a ocasionar distorções pela “impossibilidade de medição de certos critérios que não o acompanhamento da inflação”. (ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara. As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 193).

momento da revisão ordinária, o que poderia acarretar, como indesejável consequência, o aviltamento dos princípios da concorrência e da isonomia ou mesmo da própria segurança jurídica.

Por isso, os parâmetros deverão estar previamente delimitados e objetivados nos contratos de concessão e nas próprias normas setoriais de cada setor regulado, não podendo a revisão ordinária - a pretexto de manter o equilíbrio econômico-financeiro - transformar-se em verdadeiro “cheque em branco”, com isso, colocando em risco os próprios limites materiais e formais da mutabilidade<sup>550</sup>.

Todavia é inegável que a revisão ordinária pode comportar alguma margem de discricionariedade<sup>551</sup> ou mesmo a adoção de soluções consensuais e negociadas para promover o realinhamento do contrato de concessão à nova conjuntura que se apresenta. Será aqui uma das mais destacadas funções da regulação por agência, que deverá conduzir esses processos de revisão ordinária com o objetivo de capturar as nuances fáticas e promover sua atualização.

Deve-se lembrar que, no momento da licitação, o que se tem é uma mera projeção de expectativas, que poderá ou não se concretizar durante a execução do objeto. Caberá à revisão ordinária alinhar àquelas projeções à realidade, observados os limites impostos à mutabilidade dos contratos de concessão e referidos anteriormente (princípios da concorrência, do equilíbrio econômico-financeiro e da intangibilidade do objeto).

A importância desse mecanismo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro tem sido reconhecida pelo Tribunal de Contas da União, quando determina que nas concessões constem cláusulas expressas estabelecendo a revisão ordinária<sup>552</sup>. A cada

---

<sup>550</sup> Para Fernando Vernalha Guimarães, a revisão ordinária pode ser um instrumento para modificar a própria matriz de riscos: “Em razão disso, um expediente desejável são as revisões periódicas, com a função de propiciar um retrospecto histórico da execução do contrato e confrontá-lo com as perspectivas das partes para os próximos períodos. Por meio dessas revisões (geralmente quinquenais) – que devem estar previstas em contrato –, são avaliados o advento de novas tecnologias capazes de otimizar a prestação do serviço e a execução do contrato; a conveniência de manutenção dos indicadores de serviços e a forma e a tecnologia para sua aferição; assim como a adequação da própria matriz de riscos. Como a aptidão e a capacidade das partes pode se alterar ao longo dos anos, inclusive pelo advento de mutações do mercado securitário, é perfeitamente adequado que as possam visitar a matriz de riscos originariamente contratada com vistas a rediscuti-la e, eventualmente, modificá-la. É claro que a modificação dessa matriz dependerá de uma renegociação, fruto de um acordo entre as partes, sendo inviável ao poder concedente pretender alterá-la unilateralmente após a formalização do contrato, uma vez que sua formação coincide com a própria equação econômico-financeira do contrato de concessão.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 105).

<sup>551</sup> Essa é, também, a opinião de MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: A Inteligência da Parte Geral da Lei 8.987/95*. Curitiba: Edição do autor, 2010. p. 365.

<sup>552</sup> Sobre o tema ver os Acórdãos nº. 2.104/2008-Plenário, 2.927/2011 – Plenário e Acórdão nº. 3661/2013 – Plenário.

ciclo de revisão tarifária poderão ser revistos o plano original de investimentos, os cronogramas de desembolso e os próprios indicadores de desempenho, a fim de adaptá-los às modificações ou alterações que tenham sido percebidas no referido período, sempre, observando o estado de equilíbrio original e o compromisso contratual regulatório estabelecido *ab initio*.

A abrangência e a intensidade da revisão ordinária dependerão das condições definidas nos contratos de concessão, na legislação setorial e nas deliberações das agências reguladoras, podendo o seu conteúdo substantivo variar significativamente, a depender das características do setor regulado e das suas finalidades.

É importante, ainda, que a revisão ordinária seja devidamente procedimentalizada nas normas contratuais e regulatórias, a fim de garantir previsibilidade para o cocontratante dos parâmetros materiais e formais das futuras adequações que poderão ser implementadas.

Note que a circunstância do contrato prever os mecanismos de reajuste e revisão ordinária<sup>553</sup> não exclui a possibilidade de ocorrência de uma revisão extraordinária<sup>554</sup>, atraindo-se a aplicação da teoria da imprevisão, ou mesmo outros reequilíbrios decorrentes de circunstâncias causadoras de imediato impacto nas dimensões econômica e financeira do contrato de concessão, tais como as mutações examinadas no Capítulo 3 (alteração unilateral, fato do príncipe, fato da administração, sujeição imprevista, caso fortuito ou força maior).

Nesses casos, a revisão ordinária - usualmente fixada em períodos quinquenais - pode estar distante demais para um contrato que esteja sensivelmente desequilibrado, ou mesmo apresente parâmetros que não sejam suficientes para lidar com determinada variável. Assim, caso existam demandas urgentes ou ainda fatos supervenientes que, por razões técnicas, econômicas, financeiras, ou de segurança, não possam aguardar o ciclo da revisão ordinária, impor-se-á a revisão extraordinária.

---

<sup>553</sup> Importante referir que a Lei nº. 8.987/05 (que trata das concessões de serviços públicos) prevê nos artigos nos artigos 18, VIII e 23, IV que o edital e o contrato deverão disciplinar sobre o reajuste e revisão das tarifas.

<sup>554</sup> Alexandre Santos De Aragão explica bem a diferença entre a revisão ordinária e a extraordinária: “Já pelas revisões quinquenais há uma análise periódica de toda a planilha de custos, incluindo ganhos ou perdas de eficiência, da concessionária, análise que deverá readequar a tarifa para manutenção da equação econômico-financeira inicial, inclusive em relação a fatos previsíveis como variação de demanda e aumento do custo dos insumos, e compartilhamento com os usuários de eventuais ganhos de eficiência, sobretudo através da aplicação do chamado ‘fator X’. [...] As revisões extraordinárias, não-periódicas, são reservadas apenas para situações-limite, de fatos imprevisíveis que possam comprometer a continuidade dos serviços e que não estejam incluídos na revisão quinquenal”. (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro, 2007. p. 649).

Enfim, a revisão ordinária pode apresentar várias nuances e formatos, não havendo uma delimitação legislativa rígida limitadora do seu escopo. Pode-se variar de acordo com cada setor e a disciplina contratual, sendo, se bem-estruturada e aplicada, uma valiosa oportunidade para as partes reavaliarem todos os aspectos multidisciplinares do contrato de concessão<sup>555</sup>, com isso, revisitando e promovendo uma releitura da base objetiva do negócio a partir da nova conjuntura econômica, financeira, técnica e social, bem como funcionando como mecanismo efetivo de operacionalização da mutabilidade.

O fenômeno da mutabilidade é cada vez mais complexo e impactante em estruturas contratuais públicas duradouras, justificando que ferramentas como a revisão ordinária sejam imprescindíveis para reler, de tempos em tempos, o programa contratual estabelecido *ab initio*<sup>556</sup>.

Essa reavaliação periódica ou mesmo qualquer outra mutação está sujeita aos limites dos princípios da concorrência, do equilíbrio econômico-financeiro e da inalterabilidade do objeto, não podendo ser compreendida como ruptura ou degeneração das bases negociais fixadas inicialmente pelas partes.

#### 4.4 A importância do prazo na conformação do equilíbrio econômico-financeiro e a sua delimitação temporal na lei e no contrato

Diversos são os elementos que compõem o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão, podendo a sua substância – como antes assinalado – variar significativamente a depender da modelagem ou de cada segmento econômico. Não é possível, portanto, examinar todos os principais componentes que integram as dimensões econômica e financeira dos contratos de concessão.

---

<sup>555</sup> Nas palavras de Karina Houat Harb: “Nos processos de revisão devem ser checados e analisados os custos envolvidos na prestação do serviço público adequado, como o impacto decorrente do pagamento pela outorga (se houver), o nível de investimentos exigidos e realizados, as despesas operacionais contabilizadas, os encargos legais incidentes sobre a atividade da concessionária e, ainda, os custos derivados da implementação de benefícios tarifários. Referida análise deve ser feita item a item, considerando o impacto de cada um dos elementos componentes do custo no período avaliado.” (HARB, Karina Houat. A Revisão na Concessão Comum de Serviço Público. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 177).

<sup>556</sup> Licínio Lopes Martins explica: “Neste âmbito, e ainda em paralelo com os ensinamentos da doutrina civilista, aponta-se, precisamente, que a principal fonte de complexidade liga-se ao fenômeno da mutabilidade, que se apresenta e actua em termos transversais e globais, reconhecendo-se que o universo econômico e tecnológico modifica-se a uma velocidade cada vez mais globalizada. Por sua vez, aceita-se ainda que a velocidade das mutações pode ter implicações contratuais mais buscas e intensas.” (MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de Obras Públicas. O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro. Coimbra: Almedina, 2014. p. 712).

No entanto, um elemento se faz presente em todo e qualquer contrato de concessão, pondo-se como de especial relevância no contexto dos contratos duradouros e da sua intrínseca mutabilidade: o prazo.

A definição da duração do contrato de concessão guarda direta relação com o equilíbrio econômico-financeiro e os aspectos concorrenciais, podendo, se equivocadamente dimensionado, vulnerar o direito subjetivo dos demais operadores econômicos e causar prejuízos ao atendimento do interesse público.

Como já referido, delinear o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é tarefa bem mais complexa do que nos demais contratos administrativos (obras, serviços, fornecimento), sendo muitas as variáveis que compõem a sua equação, a saber, o volume de investimentos, os riscos do negócio, os custos envolvidos (de oportunidade e administrativo), o fluxo de caixa do empreendimento e, no que interessa mais detidamente ao aprofundamento nesse item, o prazo necessário para amortização dos aportes financeiros alocados ao projeto.

Por conseguinte, o prazo de cada contrato de concessão não se desvincula das demais variáveis que integram o núcleo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, configurando elemento que pode variar significativamente, a depender da natureza do projeto, das escolhas públicas de ordem financeira, política, social e técnica, além das características intrínsecas de cada segmento econômico.

Apenas após os estudos técnicos e as projeções econômicas realizadas em momento *ex ante* da contratação é que será possível definir, com exatidão, o prazo contratual suficiente que permita a viabilização econômica, técnica e financeira do projeto, com a fixação do lapso temporal necessário à amortização dos investimentos aportados pela sociedade empresária.

O prazo nos contratos de concessão não pode ser fixado aleatoriamente ou mesmo orientado por critérios que se afastem da equação dinamizada pelos vetores dos investimentos e custos alocados no projeto e o tempo necessário para sua amortização.

Desse aspecto advém a importância de que a definição do prazo seja objeto de motivação clara, congruente, racional e transparente, bem como permita aos operadores econômicos avaliarem a sua coerência e razoabilidade com os demais elementos que integram o núcleo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e viabilize, indistintamente, aos usuários, à coletividade e aos órgãos de controle interno e externo, tendo a possibilidade de contribuir ou mesmo questionar a sua racionalidade.

Afinal, o que se põe em causa é a escolha de um projeto e de uma sociedade empresária que atuará na gestão de um serviço ou de uma infraestrutura pública na perspectiva de construção de uma relação duradoura que, se concebida em premissas equivocadas, tem grave potencial de ofensa ao interesse público presente e futuro, estendendo os seus efeitos danosos para outras gerações<sup>557</sup>.

A utilização da expressão “prazo suficiente” tem por objetivo sinalizar que o prazo precisa ser aquele estritamente necessário para assegurar o legítimo direito do cocontratante na amortização dos seus investimentos e na percepção do lucro justo<sup>558</sup>. A suficiência do prazo nos contratos de concessão é indispensável para afastar graves malefícios que possam decorrer de eventual equívoco ou imprecisão na sua fixação.

Caso o prazo seja maior do que o estritamente necessário para a amortização dos investimentos, cria-se um privilégio injustificável para a sociedade empresária contratada, que passa a explorar o objeto com expectativas de obtenção de lucro que tornam o serviço ou a infraestrutura pública um veículo de maximização indevida dos seus ganhos.

O dimensionamento alongado do prazo também presta um desserviço ao interesse público, impedindo à sociedade e aos usuários o acesso a um novo projeto e a competição entre novos operadores econômicos e entrantes no mercado. É evidente, nesse caso, a violação ao princípio da concorrência.

Pouco importa se a sociedade empresária estava cumprindo ou não de forma eficiente o contrato. O prazo excessivo e descasado desproporcionalmente do volume de investimentos, estendendo além do razoável o vínculo com o cocontratante, afeta o direito subjetivo dos demais operadores econômicos no acesso às contratações públicas.

Não há dúvidas de que, em casos como esses, o maior equívoco é cometido pelo próprio contraente público porque é, afinal, o responsável pelos estudos, pelas projeções e pela definição do prazo. Acarreta-se, subsequentemente, um problema jurídico complexo no caso de posterior pretensão de desconstituição do vínculo: o contrato é um ato jurídico perfeito e, portanto, gerador de um efeito estabilizador entre as partes.

---

<sup>557</sup> Suzana Tavares Da Silva alerta para o risco das gerações futuras serem afetadas com endividamentos que decorram da proliferação de novos modelos de investimento público de bens e serviços duradouros, fundamentalmente, as infraestruturas. (SILVA, Suzana Tavares. Direito Administrativo Europeu. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p.102).

<sup>558</sup> Roberto Dromi, discorrendo sobre contratos de concessão, explicita entendimento sobre o prazo de todo aplicável à sistemática dos contratos de infraestrutura duradouros: “Como regla puede decirse que han de serlo por un lapso razonable, que permita la amortización de los capitales y la obtención de una razonable ganancia para el concesionario.” (DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 444).

Por sua vez, o prazo insuficiente, ou seja, aquele que é inferior ao necessário para amortizar os investimentos alocados pelo particular, é, igualmente, causador de problemas que desatendem ao interesse público, além de gerar graves ineficiências. A consequência mais evidente é que, possivelmente, diante de um prazo que não assegure o retorno dos investimentos, os operadores econômicos não se interessem pelo projeto e não participem da licitação. Essas licitações são dotadas de uma enorme complexidade, a começar pelos estudos técnicos, projeções econômicas e avaliações financeira e jurídica que podem ser de nenhuma valia caso ocorra um erro na dosagem do prazo.

Outro efeito perverso pode ser a participação de um operador econômico que, mesmo ciente da insuficiência do prazo, não elabore proposta séria<sup>559</sup> e assumo o risco de executar o contrato, mas intencionado a pleitear, ulteriormente, reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, seja por aumento de tarifa, redução da qualidade na consecução do objeto ou qualquer outro método que pretenda recompor a economia do contrato nos trilhos. Ou, ainda, aquele licitante que realiza projeção mais otimista, mas desconectada da realidade e da própria eficiência esperada, fenômeno esse designado de “maldição do vencedor”<sup>560</sup>.

Em casos assim, é enorme a probabilidade da execução do contrato ser permanentemente conturbada, permeada por conflitos entre as partes, com afastamento

---

<sup>559</sup> Como bem observa João Amaral e Almeida: “Com efeito, a figura das propostas anômalas nasce da verificação de que não raramente os concorrentes, com o objectivo de se tornarem adjudicatários, apresentam propostas bastante vantajosas para a entidade adjudicante, mas que, por não serem propostas sérias, provocam a posteriori, durante a fase da execução do contrato, atrasos ou suspensões ou até abandono dos trabalhos ou dos serviços, entregas de produtos com defeitos (que as mais das vezes não conseguem ser imediatamente detectados), pedidos de revisão de preços ou invocação de maior onerosidade na execução, utilização de materiais menos eficientes ou adequados, utilização de mão de obra ilícita, desrespeito por normas sobre segurança, etc. E tudo isso afinal são expedientes utilizados pelo adjudicatário com o objetivo de recuperar a diferença entre o preço proposto e o de mercado; e utilizados quase sempre num ambiente de relacionamento deteriorado ou até de pré-rotura com a entidade adjudicante que culmina com o endosso a esta da responsabilidade pela situação, dando origem, muitos vezes, a um contencioso longo e penoso que é o terreno ideal do pretexto para o abandono contratual”. (ALMEIDA, João Amaral. *As Propostas de Preço Anormalmente Baixo*. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de Contratação Pública – III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 89-90).

<sup>560</sup> A expressão foi cunhada por CAPEN, CLAPP e CAMPBELL ao constatarem que existem diversas licitações nas quais os vencedores não são necessariamente as sociedades empresárias que apresentam as propostas mais eficientes, mas aquelas que projetam cenários mais otimistas. De fato, essa circunstância acaba gerando, igualmente, maiores dificuldades na execução do objeto e risco de complexas e morosas renegociações. (CAPEN, E.; CLAPP, R.; CAMPBELL, W. M. *Competitive bidding in high risk situations*. *Journal of Petroleum Technology*, Amsterdam, v. 23, p. 641 - 653, jun.1971. Sobre a maldição do vencedor nas licitações ver ainda SILVA, Ângelo Henrique Lopes. *Preço de reserva sigiloso em licitações públicas*. Disponível em: <[http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Premio2011\\_Tema\\_2\\_3.pdf](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Premio2011_Tema_2_3.pdf)>. Acesso em: 09 mai. 2018; VINCENT, D. *Bidding off the wall: why reserve prices may be kept secret*. *Journal of Economic Theory*, Berlim, n. 65, p. 575-584, abr. 1995; NÓBREGA, Marcos. *O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), Negociação e o Orçamento Sigiloso*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, Ano 11, n. 42, p. 125-139, jul./set. 2013.

dos pressupostos de solidariedade, boa-fé e confiança recíproca que devem nortear relações contratuais duradouras e relacionais, mormente aquelas que tutelam interesses públicos primários, como é o caso dos serviços e infraestruturas, quando deve prevalecer a lógica da parceria e da colaboração entre a entidade estatal e o operador econômico, sendo que este, conquanto movido pela busca do lucro justo, assume compromisso, também, com a satisfação de um interesse público.

Certo é que a fixação de prazos é matéria tipicamente contratual e não legal. Admitir que o legislador estipule estrita e objetivamente o prazo de determinado contrato implica em uma violação ao princípio da separação dos poderes, assim, interferindo indevidamente na gestão privativa do Poder Executivo na administração material dos interesses públicos.

O que remanesce para o campo da lei é a possibilidade de prever prazos máximos e mínimos para determinados tipos contratuais (como expressamente previsto no artigo 5º, I, da Lei nº. 11.079/04), limitando a discricionariedade do gestor. Mas a definição, em cada caso concreto, do prazo contratual é matéria reservada ao Poder Executivo e às entidades que integram a Administração Pública, aos quais cabe ponderar acerca dos aspectos técnicos, econômicos, financeiros, políticos e sociais que conformam o seu espaço de ação discricionário.

A fixação legal de prazos máximos para contratos de concessão é, em certa medida, concretizadora do princípio da concorrência. Trata-se de uma clara determinação do Poder Legislativo direcionada ao Poder de Executivo no sentido de que, de tempos em tempos - mesmo em contratos que, pela sua essência, reclamem prazos longos - é necessário ir ao mercado na busca por soluções e propostas mais vantajosas para o interesse público, com isso, viabilizando, igualmente, o acesso das contratações públicas para os demais operadores econômicos<sup>561</sup>.

A determinação de prazos máximos e mínimos, contudo, pode, também, não ser obrigatoriamente imposta pelo legislador. Existe uma margem de discricionariedade legislativa no tratamento da matéria. No Direito português, por exemplo, a diretriz mais

---

<sup>561</sup> Maria João Estorinho assinala que: "Como medidas amigas da concorrência em matéria de contratos públicos, é possível apontar, entre outras: a imposição de medidas de transparência e publicidade relativamente aos procedimentos adjudicatários; a preferência por concursos públicos e leilões abertos ao maior número de candidatos; a preferência por critérios de adjudicação baseados no preço mais baixo; a não permissão de prazos demasiado longos das concessões; a colaboração das entidades adjudicantes no detetar de eventuais práticas restritivas; a atribuição de poderes efetivos a autoridades imparciais em matéria de concorrência; a previsão de sanções para infratores (incluindo, por exemplo, a inibição de participação em concursos posteriores)" (sem grifos no original) (ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2013. p. 371 - 372).



importante referente à fixação dos prazos é a sua correta correlação com a amortização dos investimentos<sup>562</sup>, fato que confere à entidade adjudicante liberdade na sua delimitação a partir dos encargos e investimentos que serão exigidos dos operadores econômicos.

No plano do Direito comunitário europeu, admite-se, ainda, que o prazo seja considerado um critério de adjudicação do contrato<sup>563</sup>. Em outros termos, pode a entidade adjudicante optar por não fixar o prazo no caderno de encargos e transferir a sua definição para os operadores econômicos que, nas suas respectivas propostas, indicarão o prazo necessário para executar o objeto contratual, o que indica ser aquele lapso temporal apresentado na proposta como o necessário para a amortização dos investimentos.

No Brasil, não há a possibilidade do prazo ser variável ou servir como critério de adjudicação, não obstante em outros países da América do Sul, notadamente no Chile<sup>564</sup>, existam modelagens em concessões de rodovias que admitem a adequação do prazo para mais ou para menos, a depender da diferença entre a demanda projetada e a demanda real.

---

<sup>562</sup> Confira-se, a propósito, o disposto no artigo 410 do Código dos Contratos Públicos, instituído pelo Decreto-Lei n.º 18/08: “Art. 410 – Prazo. 1- O prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário. 2 – Na falta de estipulação contratual, o prazo a que se refere o número anterior é de 30 anos, nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista, sem prejuízo de lei especial que fixe prazo supletivo diferente, ou prazo máximo. Claramente se percebe que o prazo de 30 (trinta) anos é residual e aplicável apenas na falta de expressa estipulação contratual. No plano do Direito europeu, a mesma lógica foi acolhida no artigo 18 da Directiva 2014/23 UE do Parlamento Europeu e Conselho de 26.02.14, a denominada Directiva Concessão, que determina que 'para as concessões de prazo superior a cinco anos, a duração máxima não pode ser superior ao prazo durante o qual um concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras ou dos serviços, a par da remuneração do capital investido, tomando em consideração os investimentos requeridos para alcançar os objetivos contratuais específicos.'”

<sup>563</sup> É o que consta expressamente no “Considerando” n.º 52 da Directiva 2014/23, que disciplina sobre as concessões. Confira-se o trecho: “A duração máxima da concessão deverá ser indicada na documentação relativa à concessão, a menos que seja utilizada como critério de adjudicação do contrato.”

<sup>564</sup> Conforme relatam José Cláudio Linhares Pires e Fábio Giambiagi, que ainda sustentam as vantagens que o modelo traria se adotado no Brasil, após as devidas alterações legislativas. Em síntese, identificam os seguintes benefícios: a) redução da necessidade de garantias financeiras por parte do Estado, tendo em vista que eventuais discrepâncias entre a demanda realizada e a prevista são ajustadas pelo prazo da concessão; b) vantagem para o usuário, que se beneficia da redução do valor do pedágio, antes do prazo final previsto, no caso da demanda superar as estimativas e projeções do cocontratante; c) reduz a probabilidade de renegociação do contrato, porque as variantes *ex ante* (que são conhecidas) são incorporadas, ao passo que as variáveis *ex post* (desconhecidas) são ajustadas via prazo, restringindo os custos de transação; d) introduz maior flexibilidade de resposta às situações imprevistas, em razão da possibilidade de ajuste do prazo, facilitando as renegociações e todos os problemas dela decorrentes; e) redução dos custos regulatórios, porquanto não é necessário que o regulador acompanhe os custos efetivos do cocontratante, concentrando-se o custo regulatório no acompanhamento do fluxo de veículos. (PIRES, José Cláudio Linhares; GIAMBIAGI, Fábio. Retorno dos novos investimentos privados em contextos de incerteza: uma proposta de mudança do mecanismo de concessão de rodovias no Brasil. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n. 04, p. 62-63, jul./ag, 2000).

#### 4.4.1 A prorrogação do prazo nos contratos de concessão: pressupostos, fundamentos e requisitos

O conceito tradicional de prorrogação nos contratos administrativos pressupõe a extensão do prazo de vigência de um contrato originariamente fixado pelas partes por determinado período<sup>565</sup>. Trata-se de conceito teórico comum aos ramos do Direito Privado e do Direito Público e que decorre, a rigor, de um senso comum da própria Teoria Geral dos Contratos.

Se o contrato for executado observando as suas bases originais, o consectário lógico é que, ao final do prazo, os investimentos tenham sido amortizados e não haverá necessidade de prorrogação.

Ocorre, todavia, que, em se tratando de contratos de concessão em setores sensíveis de infraestrutura, como aeroportos, portos, rodovias, telecomunicações, energia e saneamento, a probabilidade maior - para não dizer absoluta - é a inversa, ou seja, variações econômicas, tecnológicas, financeiras e políticas obrigarão a releitura daquela equação cuja consequência pode ser a adequação na tarifa, nos investimentos, nos custos, nas obrigações assumidas pelas partes ou mesmo no próprio prazo.

Assim, tornar o prazo inflexível e, portanto, improrrogável é uma opção posta à disposição do legislador ou mesmo do gestor público quando conforma a relação contratual. Contudo, no tocante aos contratos de concessão, a opção pela improrrogabilidade - embora lícita - pode causar dificuldades e transtornos durante a execução contratual. O reconhecimento do pressuposto da mutabilidade milita a favor da previsão de cláusulas mais flexíveis, a saber, que confirmam às partes maior espaço para ajustes e adequações que decorram das prováveis modificações de circunstâncias que incidirão na relação contratual.

Em matéria de prazo, a previsão de prorrogação é uma dessas válvulas de escape que podem viabilizar futuros ajustes no lapso temporal do contrato que decorram, por exemplo, de expansões necessárias ao objeto do contrato ou novos investimentos para adequar a prestação do serviço ou gestão da infraestrutura a demandas e ocorrências supervenientes.

A circunstância do instrumento convocatório da licitação e o próprio contrato, eventualmente, admitirem a prorrogação não implica que a extensão do prazo seja

---

<sup>565</sup> Por todos, veja-se a conceituação de Pedro Gonçalves: “A prorrogação do contrato de concessão consiste no prolongamento da sua vigência que determina o protelamento do termo de concessão.” (GONÇALVES, Pedro Costa. A Concessão de Serviços Públicos. Coimbra: Almedina, 1999. p. 328).

obrigatória ou se torne a regra nos contratos de concessão. A autonomia da vontade das partes, ao contrário do que ocorre no Direito Privado, é limitada pelo princípio da concorrência, que impõe como regra a realização de licitação. Afinal, a decisão de prorrogação do prazo de um contrato de infraestrutura duradouro tem o efeito de postergar a concretização do valor de concorrência, impondo ao gestor o dever de demonstrar que está amparado em razões de interesse público que justifiquem, à luz das especificidades da situação concreta, estender o prazo inicialmente ajustado.

A decisão que prorroga o prazo de um contrato de concessão de longa duração é fruto de uma ponderação realizada pelo gestor<sup>566</sup>, que considerou estar concretizado o interesse público por intermédio da prorrogação do prazo e não pela cessação do contrato e imediata instauração de uma licitação pública, o que produz como consequência imediata o diferimento quanto à operacionalização do princípio da concorrência.

Não se vislumbra uma prevalência absoluta do princípio da concorrência sobre outros valores ou interesses públicos<sup>567</sup>, mormente quando se trata da prorrogação de prazo em contratos de concessão duradouros, que estruturam projetos de elevado interesse público. Podem entrar em confronto com a concorrência princípios como a universalização e continuidade do serviço público ou, inclusive, a modicidade tarifária, a justificar que a ponderação se realize a partir das circunstâncias e dos elementos fáticos, sem uma prévia sobreposição valorativa de um princípio sobre o outro<sup>568</sup>.

O que ora se sustenta é que essa decisão (prorrogação ou realização de nova licitação) se submeta a uma racionalidade jurídica que imponha ao contraente público e a

---

<sup>566</sup> Na lição de Canotilho: “A ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em concreto. Não é, de modo algum, um modelo de abertura para uma justiça casuística, impressionística ou de sentimentos. Precisamente por isso, é que o método do balancing não dispensa uma cuidadosa topografia do conflito nem uma justificação da solução do conflito através da ponderação. [...] Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini) à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes. Hierarquia, porque se trata de estabelecer um peso ou valor maior ou menor entre os princípios. Móvel, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutra caso.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1238-1239;1241).

<sup>567</sup> A relação entre mutabilidade e concorrência será investigada com maior profundidade no Capítulo 5.

<sup>568</sup> Apresentando uma visão crítica acerca da prevalência absoluta do princípio da concorrência nessas hipóteses de ponderação, confira-se o entendimento de João Pacheco De Amorim: “Sublinhe-se, por fim, e à luz do que se tem vindo a explicitar, a ilegitimidade da recente moda ou tendência de alguma opinião doutrinária e jurisprudencial lusa ‘mais papista do que o Papa’ (leia-se, do que o Tribunal de Justiça da União Europeia), no sentido de dispensar esta imprescindível ponderação, pela colocação a priori de todo o peso no lado da proteção do princípio da concorrência, em sistemático detrimento dos demais princípios que se apresentam em concurso com aquele, nomeadamente dos princípios da prossecução do interesse público e do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares” (AMORIM, João Pacheco. O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos. Considerações sobre a Duração Máxima dos Contratos e Respetiva Prorrogabilidade dentro e para lá desse Limite Temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública - IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 64).

seus gestores a busca da melhor solução segundo os critérios de imparcialidade, proporcionalidade e justiça, não podendo formar sua vontade a partir de voluntarismos subjetivistas que resvalam para o arbítrio<sup>569</sup>.

A decisão que prorroga o prazo dos contratos de concessão apresenta repercussão direta nos interesses juridicamente protegidos dos demais operadores econômicos que atuam no mercado e se qualificam como possíveis novos entrantes<sup>570</sup>. Também, os usuários e a sociedade (que pode atuar representada pelo Ministério Público) são legitimados em avaliar a razoabilidade da opção administrativa, mormente, por se tratar de serviço ou infraestrutura pública que afeta diretamente os seus interesses<sup>571</sup>.

O que parece fora de dúvida é a obrigatoriedade do instrumento convocatório da licitação e o contrato estabelecerem expressamente a possibilidade do prazo contratual ser prorrogado. A fixação da regra do jogo é indispensável para dar concretude ao princípio da igualdade, de modo a permitir que todos os operadores econômicos tenham ciência de que, futuramente, o prazo do contrato poderá ser prorrogado e sob que condições e requisitos. *A contrario sensu*, é suposto inferir que a omissão do instrumento convocatório da licitação e nas cláusulas do contrato administrativo sobre o tema da prorrogação implica em uma vedação tácita à sua admissão<sup>572</sup>.

No Direito brasileiro, por exemplo, em razão da sua importância, a prorrogação do prazo se constitui em cláusula essencial no contrato de concessão de serviço público e

---

<sup>569</sup> Conforme José Carlos Vieira de Andrade: “O órgão administrativo está obrigado a escolher a melhor solução para a realização do interesse público de acordo com princípios jurídicos de actuação, pelo que o exercício do poder discricionário é também uma actividade materialmente jurídica: o agente não pode determinar-se pelo seu arbítrio ou pelas suas emoções, estando submetido a um princípio de racionalidade; tem de respeitar e assegurar a realização dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, independentemente da sua concretização legal; tem de deliberar, no procedimento interno de formação da sua vontade, segundo critérios de imparcialidade, de justiça, de igualdade de tratamento, e, inclusive, de proporcionalidade.” (ANDRADE, José Carlos Vieira. *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 374).

<sup>570</sup> Nos Estados Unidos da América, essa atuação foi denominada pelo *Gouvernement Accounting Office* como *Private Attorneys General*, figura aproximada de um Ministério Público Privado ou de Advogados Privados Gerais. Conforme GORDON, Daniel I. In the Beginning: the Earliest Bid Protests Filed with the US General Accounting Office. *Law Review*, Nottingham, v. 5, p. 147-164, 2004.

<sup>571</sup> Discorrendo sobre a posição assumida pelos usuários e terceiros na relação jurídica firmada entre Administração-concessionário, ver: HUALDE, Alejandro Pérez. *El concesionario de servicios públicos privatizados*. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 19.

<sup>572</sup> Laurent Richer parece admitir a possibilidade de uma cláusula de “recondução tácita” no contrato administrativo - leia-se, verdadeira prorrogação -, se tal cláusula não ferir o princípio da concorrência: “*Le renouvellement du contrat résulte parfois d’une clause de tacite reconduction. Une telle clause est par exemple possible en matière de marchés publics sauf si la tacite reconduction entraîne une violation des règles de mise en concurrence*” (RICHER, Laurent. *Les contrats administratifs*. Paris: Dalloz, 1991. p. 96).

de obra pública<sup>573</sup>, aplicável às modalidades contratuais de parceria público-privada (artigo 5º, inciso I, da Lei nº. 11.079/04).

Complexa, no entanto, é a questão de avaliar como a prorrogação será efetivada e instrumentalizada. Afasta-se, *a priori*, o entendimento de que bastariam cláusulas genéricas e subjetivas que apenas autorizassem a futura prorrogação do prazo<sup>574</sup>. Uma cláusula dessa natureza conferiria uma excessiva discricionariedade ao contraente público, não revelando ao mercado e à sociedade sinais mínimos das condições, requisitos e circunstâncias que poderiam, futuramente, excepcionar a regra da concorrência.

No entanto, uma cláusula excessivamente detalhada, que amarrasse previamente todas as situações que poderiam autorizar a prorrogação, não se coadunaria com a necessária flexibilidade antes referida e que decorre da mutabilidade de relações duradouras, como é aquela estabelecida entre o contraente público e a sociedade empresária nos contratos de concessão.

Alguma margem de espaço discricionário deve ser reservada às partes, considerando a premissa de que nem tudo é previsível, muito menos quando se trata de relação jurídica que se prolonga no tempo. A lógica é semelhante à da matriz de riscos. Existem riscos que podem ser mapeados, mas não outras tantas incertezas que poderão surgir em decorrência de fatos e situações absolutamente imprevisíveis para as partes quando da celebração do contrato. Portanto, aquelas situações que podem ser razoavelmente consideradas como possíveis causas da prorrogação, à época da licitação, podem e devem ser inseridas no instrumento convocatório e na minuta do contrato, até como forma de conferir transparência à ação administrativa e viabilizar o controle externo da sociedade, dos operadores econômicos e dos órgãos institucionalmente competentes para o exercício do controle.

Em suma, supõe-se como melhor alternativa que a cláusula de prorrogação do prazo seja orientada por uma flexibilidade moderada, conciliando condições e

---

<sup>573</sup> O artigo 23, inciso XII, da Lei nº. 8.987/95 prescreve o seguinte: “Art. 23 – São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] XII- às condições para prorrogação do contrato”. Parece equivocado interpretar que o dispositivo imponha que necessariamente o contrato tenha que ser prorrogado. Acolher essa linha de argumentação seria vulnerar o princípio da separação dos poderes. Abona-se a interpretação de que o legislador pretendeu que o tema da prorrogação fosse objeto de disciplina contratual, ainda que para explicitar a sua improrrogabilidade.

<sup>574</sup> É como pensa Marçal Justen Filho: “Mantém-se a interpretação anterior, no sentido da inconstitucionalidade da previsão genérica e abstrata, introduzida aprioristicamente no edital, propiciando a prorrogação do prazo de concessão. Essa solução deve ser reputada como inconstitucional, não sendo albergada sequer pela alusão explícita existente no art. 175, parágrafo único, inciso I” (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 268).

pressupostos objetivos, com uma reserva de espaço discricionário e negocial para as partes reavaliarem o tema à luz das circunstâncias e dos fatos supervenientes.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem interpretando a prorrogação como mera expectativa de direito, o que significa dizer, *a contrario sensu*, que o particular não pode invocar um pretense direito adquirido à extensão do prazo contratual. Essa é a orientação que tem prevalecido para os contratos administrativos<sup>575</sup> e para os contratos de trabalho por tempo determinado<sup>576</sup>, o que indica uma orientação uniforme conquanto direcionada a tipos contratuais distintos. Por conseguinte, se a prorrogação não passa de uma expectativa de direito, o particular não deve considerá-la como evento futuro e certo, no momento em que elabora e apresenta sua proposta no processo de licitação.

Entretanto variações poderão ser admitidas a esse entendimento, a depender das circunstâncias das leis setoriais disciplinadoras da prorrogação e da forma como a cláusula contratual foi elaborada<sup>577</sup>. É o caso, por exemplo, das prorrogações premiais, a saber, quando a própria entidade adjudicante voluntariamente impõe limites à sua discricionariedade e se autovincula para assegurar eventual extensão do prazo do contrato quando atendidos os requisitos objetivos que atestem desempenho excepcional do cocontratante. A extensão do prazo é, nessa hipótese, utilizada para a finalidade específica de funcionar como um mecanismo incremental da *performance* do cocontratante na busca pelo alcance de metas e resultados previamente determinados.

É evidente que a conformação contratual dessa natureza deve ser objeto de motivação razoável e proporcional, de modo a demonstrar que a extensão do prazo (e em que medida) é um meio adequado para induzir eficiência. Afinal, a prorrogação dessa natureza difere para momento posterior da concretização do princípio da concorrência. Mas o fato é que se o cocontratante comprovar o atendimento de todas as condições

---

<sup>575</sup> “Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da Administração Pública. [...] 3. Segurança denegada” (MS 26.250, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2010, DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-02 PP-00294).

<sup>576</sup> “Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público, mas simples expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da *discricionariedade* da Administração Pública, quando embasada na lei. 2. Agravo regimental desprovido.” (RE 573556 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 06-03-2012 PUBLIC 07-03-2012).

<sup>577</sup> Entendendo que a prorrogação pode ser um direito adquirido ver FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação Estrutural entre Serviços de Telefonia e Limites ao Poder das Agências para Alteração dos Contratos de Concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 1, n. 8, p. 220-227, out./dez. 2004,.

contratuais, não pode o contraente público simplesmente deixar de prorrogar o contrato. Caso o faça, sem justo motivo, o cocontratante deverá ser indenizado.

Outra modalidade recentemente instituída no ordenamento jurídico brasileiro é a prorrogação antecipada, com definição expressa no inciso II, do artigo 4º, da Lei nº. 13.448, de 05.06.17<sup>578</sup>, que estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal.

O objetivo da prorrogação antecipada é viabilizar a inclusão de novos investimentos não previstos no contrato de concessão, assim, admitindo, a desnecessidade de aproximação do termo final do contrato para a alocação de novos recursos privados no negócio.

O legislador, entretanto, estabeleceu algumas condicionantes para que essas prorrogações antecipadas sejam implementadas: a) o decurso de um prazo mínimo de execução do contrato<sup>579</sup>; b) demonstração do cumprimento da execução do objeto contratual variável de acordo com o setor<sup>580</sup>.

Indubitavelmente, a prévia autorização legislativa confere maior segurança jurídica para essas prorrogações, mas existe o risco, em cada setor, de questionamento pelos demais concorrentes acerca da extensão do prazo contratual em um momento tão distante do termo final do contrato de concessão, com isso, justificando o ônus argumentativo do atendimento do interesse público e, principalmente, a demanda por novos investimentos. Assim, põe-se em destaque a problemática da modificação desses contratos à luz da concorrência, temática que será aprofundada no Capítulo 5.

---

<sup>578</sup> Dispõe o inciso II, do artigo 4º, da Lei nº. 13.448 de 05.06.17: “Para os fins desta Lei, considera-se: [...] 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 ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste”.

<sup>579</sup> Dispõe o artigo 6º, §1º, da Lei nº 13.448 de 05.06.17: “Art. 6º. A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de novos investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no artigo 3º desta Lei. §1º. A prorrogação antecipada ocorrerá apenas no contrato de parceria cujo prazo de vigência, à época da manifestação da parte interessada, encontrar-se entre 50% (cinquenta por cento) e 90% (noventa por cento) do prazo originalmente estipulado.”

<sup>580</sup> Para o setor rodoviário, assim dispõe o inciso I, do §2, do artigo 6º, da Lei nº. 13.448, de 05.06.17: “§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”. No que se refere ao setor ferroviário, as condições foram previstas no inciso II, do §2, do artigo 6º, da Lei nº. 13.448, de 05.06.17: II - quanto à concessão ferroviária, a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação de prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos.”

#### 4.4.2 A prorrogação do prazo como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão

Uma espécie de prorrogação do prazo de vigência que merece exame mais detido é aquela que se qualifica como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Como dito anteriormente, vários são os mecanismos que podem recompor a economia original do contrato, sendo a extensão do prazo do contrato de concessão uma das opções que podem ser utilizadas para essa finalidade.

A avaliação para escolha do mecanismo mais adequado a recompor o equilíbrio econômico-financeiro pode comportar maior grau de liberdade para a definição da medida mais adequada (reequilíbrios discricionários e incompletos). Mas, também, dependendo da causa e da sua correlação direta e imediata com um dos mecanismos de recomposição, o próprio contrato pode definir previamente o instrumento mais adequado a ser adotado (reequilíbrios vinculados e completos).

Sob a perspectiva estritamente econômica e se comparada com as demais medidas de recomposição, a extensão do prazo pode apresentar a vantagem de não onerar diretamente tanto contribuintes quanto usuários, o que ocorreria, por exemplo, no caso de aumento da outorga ou incremento no valor da tarifa, quando for o caso.

Com o prolongamento do prazo, permite-se atenuar os efeitos de eventuais desequilíbrios ou descompassos que afetaram a execução contratual sem causar impactos financeiros. De igual modo, parece complexo estabelecer, em termos abstratos, que a prorrogação do contrato será sempre, *a priori*, o meio menos oneroso e, portanto, mais adequado se comparado com os demais por não afetar diretamente contribuintes e usuários<sup>581</sup>.

Ora bem, ainda que a prorrogação não implique em um aporte direto de recursos públicos ou onerosidade de tarifas para os usuários, a extensão do prazo contratual incide em uma postergação na concretização do princípio da concorrência.

Nas situações de reequilíbrios discricionários e incompletos, é possível cogitar a adoção de soluções ou instrumentos distintos para sua recomposição, a depender de variáveis econômicas, financeiras, jurídicas e, inclusive, técnicas que reclamarão uma

---

<sup>581</sup> Outro é o entendimento de Lino Torgal que, ressaltando a necessária ponderação dos dados de cada caso concreto, vislumbra, numa óptica jurídica, a preferência relativa pela via da prorrogação do prazo TORGAL, Lino. Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 256, mês abreviado 2011.)



avaliação casuística e discricionária<sup>582</sup>. Essa decisão deverá ser devidamente motivada e transparente e sujeitar-se-á ao controle de juridicidade, a partir dos princípios da igualdade, eficiência e proporcionalidade.

O direito positivo pode ou não disciplinar, na lei, a prorrogação como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. No caso de Portugal, existe previsão expressa no Código de Contratos Públicos<sup>583</sup>. No Brasil, ao menos nos marcos legais mais genéricos, não consta disposição similar, o que não tem afastado, na prática, a utilização da prorrogação do prazo como um legítimo instrumento de recompor a economia original dos contratos<sup>584</sup>.

Não obstante seja absolutamente recomendável a previsão, no edital e no contrato de concessão, da possibilidade de prorrogação como um dos mecanismos aptos a promover o seu reequilíbrio, o fato do edital ou contrato de concessão ter sido omissos não coíbe a sua utilização. Como já assinalado, as formas de reequilíbrio econômico-financeiro previstas no contrato devem ser consideradas exemplificativas e não exaustivas, sob pena de criar uma autovinculação excessiva e prejudicial ao próprio atendimento do interesse público. Nada impede que as partes, de comum acordo, alcancem uma forma de reequilibrar o contrato de concessão que não tenha sido originalmente prevista.

---

<sup>582</sup> Essa é a opinião de Luis Roberto Barroso: “Pressupondo a legitimidade da alteração que causou o desequilíbrio, o administrador poderá então fazer uma avaliação discricionária de como reequilibrar o ajuste e, havendo cláusula contratual que autoriza a extensão ou prorrogação do prazo, não há óbice a que esse mecanismo seja utilizado. Os dados jurídicos a serem considerados nesse particular – e que poderão ser objeto de algum controle, sobretudo na hipótese de decisões claramente desproporcionais – são o interesse dos usuários, a modicidade das tarifas e a proporcionalidade em sentido estrito” (BARROSO, Luis Roberto. *Alteração dos Contratos de Concessão Rodoviária*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, Ano 4, n. 15, p. 127, jul./set. 2006).

<sup>583</sup> Confira-se o disposto no artigo 282 Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto: “Art. 282 – Reposição do Equilíbrio Financeiro do Contrato: [...] 3. A reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efetuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contratante público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato”.

<sup>584</sup> Sobre o tema, ver MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Concessão de Serviço Público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas. Princípio da Atualidade. Reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 22, p. 123, 1998; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 301.

#### 4.4.3 A formalização da prorrogação do prazo

A prorrogação do prazo nos contratos de concessão deve ser instrumentalizada por meio de termo aditivo, a saber, acordo firmado consensualmente entre as partes e que tem por objetivo prolongar o lapso temporal inicialmente ajustado. Aliás, não apenas a extensão do prazo, mas todas as situações ensejadoras de modificação dos contratos de concessão e que operacionalizam a mutabilidade devem ser, como regra, devidamente formalizadas por meio de termo aditivo.

Os interesses públicos e privados são muito sensíveis e relevantes para que modificações contratuais se submetam a arranjos informais que não garantam a segurança jurídica e a transparência, condições indispensáveis à legitimidade da mutabilidade e à sua própria controlabilidade.

Os aspectos procedimentais e o conteúdo material para que a prorrogação se efetive devem estar previstos expressamente no contrato de concessão. Podem ser cogitados como elementos a serem inclusos em cláusula contratual o prazo de antecedência que o cocontratante deve requerer a prorrogação, a demonstração do cumprimento das suas obrigações, o prazo para o contraente público manifestar-se sobre o pedido, os eventuais novos investimentos que o cocontratante se obrigará a realizar, a ausência de infrações consideradas graves ou gravíssimas que possam impedir a extensão do prazo, a necessária apresentação de estudo prévio da viabilidade econômico-financeira da prorrogação, o índice de desempenho mínimo do cocontratante durante a execução do contrato, bem como o grau de vinculação do contraente público quando todos os requisitos e as condições fixadas são cumpridos.

Cada contrato deve, à luz das opções discricionárias e das necessidades administrativas, modelar e disciplinar concretamente as condições que autorizarão a prorrogação. Cláusulas excessivamente vagas e que apenas reproduzam a lei devem ser evitadas. Um ponto *incontestes* é que a extensão do prazo não é daquelas cláusulas exorbitantes que podem ser unilateralmente impostas pelo contraente público ou, no caso de recusa da cocontratante, resultar em aplicação de qualquer sanção administrativa<sup>585</sup>.

---

<sup>585</sup> Assinala Luís Cabral De Moncada: “Com efeito, a vontade das partes é condição de validade do contrato administrativo e não apenas requisito legal para prática de um acto administrativo ou condição de eficácia de um acto administrativo. O contrato administrativo é uma espécie do género contrato e esta figura é comum ao direito privado e ao público. A liberdade contratual subdivide-se em liberdade de celebração do contrato e em liberdade de conformação do respectivo conteúdo. Nenhuma delas é posta em causa pelo regime legal do contrato administrativo”. (MONCADA, Luís Cabral. Consenso e Autoridade na Teoria do Contrato Administrativo. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 29 - 30).

Trata-se de ato bilateral e convencional que assegura ao cocontratante o direito de não permanecer no vínculo contratual além daquele prazo originariamente fixado, salvo por expressa vontade própria.

Para isso, não basta, porém, a formalização por mero termo aditivo. Em se tratando de uma decisão que interfere na alocação de recursos públicos, com projetos de interesse direto da coletividade e dos usuários e que estende a participação de determinado parceiro privado na execução de um projeto estruturante de interesse público, o dever de fundamentação e motivação é pressuposto de sua validade. Essa premissa vale, a rigor, para toda e qualquer formalização que operacionalize a mutabilidade.

A fundamentação deve ser clara, congruente e suficiente<sup>586</sup>, fruto de um procedimento disciplinado na própria cláusula do contrato administrativo que confira racionalidade e transparência ao processo decisório. É preciso, por exemplo, que a avaliação sobre a extensão ou não do prazo contratual seja objeto de uma antecedência mínima, sob pena da decisão ser tomada em regime de urgência, sem a observância de tempo razoável para ponderação de todas as variáveis em jogo.

Como decorrência da transparência, o procedimento da prorrogação demanda instrução com os documentos que embasem a decisão final da autoridade competente, como manifestações dos órgãos técnicos, delimitação motivada do novo período de extensão do prazo e a sua compatibilidade direta com a amortização dos investimentos, avaliação do desempenho global do cocontratante e o cumprimento das suas obrigações, a explicitação das causas que justificam a opção pela prorrogação do prazo, manifestações e requerimentos da sociedade empresária contratada e, ainda, o exame jurídico do órgão competente, ao qual cabe avaliar a juridicidade da decisão administrativa a partir dos parâmetros contratuais e da moldura normativa aplicável.

A boa governança e a administração de resultados impostas aos gestores produzem, como consectário lógico, o dever de que as informações e o processo decisório no plano administrativo sejam abertos e transparentes<sup>587</sup>, de modo a facilitar e viabilizar

---

<sup>586</sup> Sobre o tema, ver: ANDRADE, José Carlos Vieira. O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos. Coimbra: Almedina, 2007. Ver também CAUPERS, João. Introdução ao Direito Administrativo. Lisboa: Âncora, 2013.

<sup>587</sup> Pedro Gonçalves alerta que: “no nosso tempo, a boa governação do sistema administrativo impõe a garantia da máxima acessibilidade à informação detida pela Administração Pública. Mas não só isso: o valor da transparência assume-se também como um componente estrutural da organização administrativa, no sentido de que cada unidade da administração deve adotar uma estratégia ativa de abertura, de informação e de transparência; não se pede apenas à administração que, em posição passiva, assegure aos interessados o acesso à informação e aos dados que detém, mas que, além disso, promova uma política de informação aberta e transparente que facilite a função de controlo pelos cidadãos” (GONÇALVES, Pedro. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance*).

o controle externo dos cidadãos, assim, caminhando para a concretização de uma Administração Pública Democrática<sup>588</sup>, que incremente a legitimidade da tomada de decisão governamental.

Por isso que prorrogações de contrato ou mesmo outros termos aditivos que produzam impactos relevantes no interesse público e no interesse de terceiros devem ser objeto de prévia consulta pública. Trata-se de ferramenta que pode contribuir para o aperfeiçoamento da operacionalização da mutabilidade, assim, abrindo espaço para visões distintas ou contrárias à celebração do termo aditivo.

Foi o que ocorreu com o advento da referida Lei nº. 13.448/17, que estabeleceu a consulta pública como requisito obrigatório para as prorrogações contratuais submetidas ao referido regime, a teor do disposto no artigo 10, parágrafo único<sup>589</sup>. Trata-se de medida salutar, em especial, para as prorrogações antecipadas que, como antes assinalado, podem produzir impactos de natureza concorrencial.

Por todas essas razões é que parece incompatível cogitar, nos contratos de concessão, o cabimento da prorrogação tácita, em que a ausência de manifestação de vontade das partes, ao final do prazo contratual, seria o bastante para estendê-lo<sup>590</sup>. O *deficit* de transparência e fundamentação que a extensão silenciosa do prazo contratual acarretaria, aliado à ilegítima limitação do exercício de controle externo, torna a prorrogação tácita inconciliável com projetos estruturantes de interesse público<sup>591</sup>.

---

Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 11, n. 42, p. 141-169, abr./jun. 2013).

<sup>588</sup> Sobre o tema, ver CHEVALLIER, Jacques. L'État Post-Modern. Paris: LGDJ, 3. ed. 2008. Ver também FREITAS, Daniela Bandeira; VALLE, Vanice Regina Lírio (Coords.). Direito Administrativo e Democracia Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>589</sup> Confira-se: “Art. 10. As prorrogações de que trata o art. 5º desta Lei deverão ser submetidas previamente a consulta pública pelo órgão ou pela entidade competente, em conjunto com o estudo referido no art. 8º desta Lei. Parágrafo único. A consulta pública será divulgada na imprensa oficial e na internet e deverá conter a identificação do objeto, a motivação para a prorrogação e as condições propostas, entre outras informações relevantes, fixando-se o prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias para recebimento de sugestões.” Cabe notar que, encerrada a consulta pública, deverá ocorrer o encaminhamento para o Tribunal de Contas da União. É o que prevê o artigo 11: “Art. 11. Encerrada a consulta pública, serão encaminhados ao Tribunal de Contas da União o estudo de que trata o art. 8º desta Lei, os documentos que comprovem o cumprimento das exigências de que tratam os incisos I e II do §2º do art. 6º desta Lei, quando for o caso, e o termo aditivo de prorrogação contratual.”

<sup>590</sup> No Direito brasileiro, a Lei nº. 8.666/93 – que fixa normas gerais sobre contratação pública – determina expressamente no seu artigo 57, §2º, que toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

<sup>591</sup> Na mesma linha, entendendo vedada a prorrogação tácita, menciona-se o entendimento de TORRALBA, Lino. Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras. Revista de Contratos Públicos, Coimbra: Cedipre, n. 01, p. 242, jan./mar. 2011; e MOREIRA, Egon Bockmann de. Direito das Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 132. Em sentido contrário, admitindo a possibilidade de prorrogação tácita nos contratos administrativos, veja-se o entendimento de Pedro Gonçalves: “Situação diferente da que estamos a supor é aquela em que, nos termos do regime jurídico da concessão, o contrato é suscetível de prorrogação; nessa eventualidade, o acto que faz cessar os efeitos do contrato de concessão pode não ser a verificação de um termo, mas a sua denúncia (acto que manifesta a vontade de não prorrogar o contrato)

Importa registrar, ainda, que a prorrogação do prazo, assim como a sua fixação originária, instrumentaliza-se por meio de manifestação consensual de vontade do contraente público e do cocontratante, via termo aditivo e jamais por lei.

Não cabe ao Poder Legislativo praticar atos de gestão que interfiram em competências materialmente atribuíveis ao Poder Executivo e seu aparelho administrativo, sob pena de violação do princípio de separação de poderes, prorrogando contratos por instrumentos legislativos<sup>592</sup>.

---

por qualquer das partes; a ausência de denúncia tem como efeito a prorrogação (tácita) do contrato" (GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos. Coimbra: Almedina, 1999. p. 328). Também admitindo a prorrogação tácita: AMORIM, João Pacheco. O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos. Considerações sobre a Duração Máxima dos Contratos e Respectiva Prorrogabilidade dentro e para lá desse Limite Temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública – IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 31.

<sup>592</sup> Exemplo dessa patologia vem ocorrendo no Brasil, em especial, no segmento do serviço postal. Adotou-se a opção pela extensão dos serviços por meio de franquias. Sucede que esses contratos vêm sendo sistematicamente prorrogados pelo Poder Legislativo, perpetuando os atuais contratados no negócio e impedindo a realização de nova licitação. Veja-se, a propósito, a prorrogação levada a efeito nas franquias pela Lei nº. 9.648/98, Lei nº. 10.577/02, Lei nº. 11.668/08 e Lei nº. 12.400/11. A ausência de concorrência no setor é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4155/08 que tramita no Supremo Tribunal Federal.

## CAPÍTULO 5. LIMITES MATERIAIS À MUTABILIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

A essa altura do percurso que se pretende empreender nesta tese, assentada está a premissa de que a mutabilidade é uma característica intrínseca à generalidade dos contratos administrativos, mas que assume especial relevância nos contratos de concessão duradouros que se sujeitam com maior intensidade às mutações durante a sua execução.

Entretanto, o figurino da mutabilidade dos contratos de concessão descrito nos capítulos anteriores - dotados de maior flexibilidade e pactuados em contexto de natural incompletude - não os imunizam às limitações de natureza material que conformam e restringem o poder das partes em modificar as suas condições originais.

Os dois principais parâmetros materiais que condicionam à mutabilidade são os princípios da concorrência e o da intangibilidade do objeto<sup>593</sup>. Ao longo da própria evolução do Direito Administrativo e, notadamente do estudo dos contratos administrativos, esses são os princípios historicamente apontados como conformadores da mutabilidade.

Passa-se a examinar cada um dos referidos princípios

### 5.1 O princípio da concorrência

O mercado da contratação pública<sup>594</sup> tem, no princípio da concorrência, um dos seus pressupostos valorativos e legitimadores. Há uma relação umbilical entre a concorrência e a contratação pública.

É forçoso delimitar que se está tratando aqui do princípio da concorrência no universo dos contratos públicos e não da concorrência como valor constitucionalmente

---

<sup>593</sup> Pedro Nuno Rodrigues, examinando o contrato de empreitada de obras públicas, mas em lição aplicável ao regime geral dos contratos administrativos esclarece: “São, pois, limites materiais à modificação, a intangibilidade do objecto do contrato e a protecção da concorrência. Estes são limites materiais (de conteúdo) indisponíveis, não renunciáveis pelas partes”. (RODRIGUES, Pedro Nuno. A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas. Lisboa: Universidade Católica, 2012. p. 100).

<sup>594</sup> Para Sabino Cassese a contratação pública deve ser considerada como um mercado regulamentado. In: CASSESE, Sabino. Istituzioni di Diritto Amministrativo. Milano: Giuffrè, 2009. p. 367 - 370. Na mesma linha é a posição adotada por GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. Belo Horizonte: Fórum. Revista dos Contratos Públicos, 2013. n. 3. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=97112>. Acesso em 14 dez. 2018. Maria João Estorninho compreende as concessões como monopólios de longa duração. ESTORNINHO, Maria João. Direito Europeu dos contratos públicos: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006. p. 356.

autônomo, que tem por objetivo a maximização da eficiência econômica e, via de consequência, o atendimento e a proteção dos interesses dos consumidores<sup>595</sup>.

No Direito da Concorrência, o que se busca é o equilíbrio do mercado, com a proteção da concorrência e a vedação de práticas ou condutas que possam acarretar o abuso do poder econômico, sempre com vistas a assegurar o direito dos consumidores e os ganhos sociais decorrentes, promovendo-se uma eficiente e racional alocação de recursos<sup>596</sup>.

Noutros termos, a preservação de um ambiente concorrencial - que assegure a saudável competição entre as empresas - é o meio adequado para se alcançar a prossecução do objetivo do bem-estar social. Na União Europeia, a própria construção do mercado interno e de uma atuação transnacional das empresas tem na concorrência um dos seus pilares<sup>597</sup>.

O Direito da Contratação Pública, por sua vez, tem por objetivo conformar, por meio de regras e procedimentos, a atuação das entidades públicas nas suas relações contratuais, sendo o princípio da concorrência o vetor principal no processo de escolha do cocontratante.

Uma nota que singulariza a concorrência neste universo da contratação pública é que a forma como a entidade adjudicante modela o procedimento influencia diretamente as condições concorrenciais e o próprio número de potenciais interessados. Não se trata

---

<sup>595</sup> Pedro Gonçalves explica que a concorrência é um princípio geral de Direito no qual se movimentam dois sistemas normativos com finalidades distintas. No Direito da Concorrência, importa acentuar a nota da liberdade concorrencial, focando na proibição legal de determinados comportamentos das empresas com vistas a assegurar as condições normais de funcionamento do mercado. No Direito da Contratação Pública, a lógica concorrencial vai orientar o sentido da intervenção de uma entidade do setor público, com o objetivo de adjudicar um contrato mediante procedimento aberto, que ofereça garantia de acesso em condições de igualdade aos interessados, de modo a alcançar a melhor proposta para os interesses financeiros da entidade. GONÇALVES, Pedro Costa. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 434 - 435.

<sup>596</sup> Conforme explica Calixto Salomão Filho, a eficiência alocativa do mercado é apontada como o principal fundamento do Direito Antitruste pela Escola de Chicago. Para a teoria neoclássica, esse valor se sobrepõe a qualquer outro, admitindo, inclusive a existência de monopólios ou restrições à concorrência caso a eficiência e o bem-estar do consumidor seja alcançado. FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19. Em sentido diverso é o pensamento da Escola de Harvard. Paula Forgioni explica que a Escola de Harvard sustenta que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder no mercado, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas. A concorrência é um fim em si mesma, devendo ser buscada a manutenção ou o incremento dos agentes econômicos no mercado. FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 169 - 170.

<sup>597</sup> Maria João Estorninho anota que a lógica do regime comunitário de contratação pública se prende com o objetivo de realização do mercado único e com a observância dos princípios do Tratado, tais como a liberdade de circulação ou o princípio da concorrência, que implicam a proibição de práticas discriminatórias também em matéria de contratação pública. ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2012. p. 61.

de um mercado aberto, mas condicionado às escolhas públicas que foram concebidas no instrumento convocatório. Essas escolhas públicas não são livres, subjetivas ou voluntaristas, mas deferentes às normas jurídicas e à própria lógica econômica de cada segmento de mercado.

Ainda que sejam ramos distintos, dotados de racionalidades e categorias jurídicas próprias, Nuno Cunha Rodrigues (2013)<sup>598</sup> assinala que o Direito da Contratação Pública e o Direito da Concorrência apresentam muito em comum, em especial porque ambos procuram alcançar a igualdade concorrencial e a eficiência na alocação dos recursos - no caso do Direito da Concorrência para os consumidores e no caso do Direito da Contratação Pública para as entidades adjudicantes no trato da despesa e dos orçamentos públicos.

Interessa ocupar-se mais detidamente acerca do princípio da concorrência no universo da contratação pública. É por seu intermédio que se concretizam valores de elevada carga axiológica como a isonomia, transparência e moralidade, por conseguinte, configurando-se como um mecanismo de consecução do interesse público, finalidade que norteia toda e qualquer atividade administrativa.

Ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, orientados pela autonomia da vontade das partes, o contraente público não tem o mesmo grau de liberdade na escolha dos seus parceiros ou sociedades empresárias contratadas para a consecução dos mais variados objetos<sup>599</sup>.

Essa restrição da liberdade administrativa na formação dos seus vínculos contratuais é um valor constitucionalmente protegido em vários ordenamentos jurídicos<sup>600</sup> e expressamente reconhecido no plano do Direito europeu como uma expressão do princípio da igualdade.<sup>601</sup>

---

<sup>598</sup> RODRIGUES, Nuno Cunha. A contratação pública como instrumento de política econômica. Coimbra: Almedina, 2013. p. 326.

<sup>599</sup> Como alertava Enzo Roppo: “O primeiro ponto concretiza-se na circunstância de a verdadeira e própria estipulação do contrato representar apenas o acto final de uma série complexa de procedimentos administrativos preparatórios, que são necessários para a sua validade: a deliberação de concluir aquele contrato, assumida pelo órgão legitimado para formar e manifestar a vontade do ente, e eventualmente submetida ao aval de um órgão de controle, e depois a escolha do contraente, que só excepcionalmente é efectuada discricionariamente pelos representantes do ente público, sem qualquer formalidade particular (negociação privada), tendo lugar, em regra, segundo especiais processos fixados na lei para garantir que a escolha corresponde a critérios de correcção, imparcialidade e conveniência”. (ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988. p.344).

<sup>600</sup> No Brasil, a obrigatoriedade de realização de prévia licitação para as contratações públicas se encontra expressa no art. 37, inciso XXI e art. 175 da Constituição Federal. Em Portugal, regra semelhante é encontrada no art. 1.º, 4, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos.

<sup>601</sup> Cláudia Viana esclarece: “Ainda que sem consagração expressa no Tratado CE, o princípio da igualdade constitui um princípio basilar da ordem jurídica comunitária, que foi formalmente inscrito no direito



É possível aduzir a um direito subjetivo dos operadores econômicos no acesso ao mercado público de contratação<sup>602</sup>. Como os recursos são públicos - extraídos da sociedade - é preciso assegurar o livre acesso dos interessados e uma disputa justa entre aqueles que pretendam celebrar contratos; afinal, a contratação pública cria uma situação de desigualdade entre os operadores econômicos que precisa ser justificada por meio de procedimento aberto e isonômico.

As contratações administrativas não podem ser eternizadas, devendo ser constantemente renovadas nos marcos temporais legais e contratuais o como mecanismo viabilizador desse direito subjetivo dos particulares de participarem do mercado público de contratação e do próprio pressuposto da eficiência.

Não à toa que os contratos administrativos - do qual são espécies os contratos de concessão - não comportam qualquer indeterminação em relação ao prazo, como expressou a Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação dos contratos de concessão<sup>603</sup>. É da sua natureza a determinação concreta e objetiva do lapso temporal no qual perdurarão os direitos e obrigações previamente acordados entre as partes. Alicerçam essa premissa, os princípios da igualdade e da concorrência.<sup>604</sup>

Noutros termos, a temporalidade dos prazos nos contratos públicos é uma decorrência lógica do princípio da concorrência. Norma que disciplinasse em linha contrária, ou seja, admitindo a indeterminação desses prazos contratuais na seara do Direito Público, seria claramente inconstitucional, na exata medida em que criaria um privilégio injustificável e uma perpetuidade incompatível com o atendimento das

---

comunitário, com estatuto de direito fundamental, através da CDFUE, no art. 20, e, mais recentemente, no art. II-80º, do projeto do Tratado Constitucional da União Europeia”. E, mais a frente, complementa a autora: “O concurso público, aberto a todo e qualquer interessado em apresentar uma proposta, constitui o procedimento onde se alcança, na sua máxima expressão, o princípio da igualdade, enquanto igualdade de oportunidades para todos os operadores econômicos interessados em contratar”. (VIANA, Cláudia. Os Princípios Comunitários na Contratação Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 111; 119).

<sup>602</sup> Miguel Assis Raimundo adverte que: “Todo o agente econômico tem, deste ponto de vista, o direito de ser considerado como um co-contratante possível” (RAIMUNDO, Miguel Assis. A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência ajustada ao Interesse Público. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013. p. 353).

<sup>603</sup> O Considerando 52 da Diretiva 2014/23/UE inicia afirmando o seguinte: “A fim de evitar o encerramento do mercado e a restrição da concorrência, importa limitar a duração da concessão. Além disso, é provável que as concessões com uma duração muito longa resultem no encerramento do mercado, podendo desse modo causar entraves à livre circulação de serviços e à liberdade de estabelecimentos.” No Brasil, essa é também a linha adotada pelo legislador que, no § 3º, do artigo 57, veda o contrato com prazo de vigência indeterminado.

<sup>604</sup> Para Rodrigo Esteves de Oliveira é a partir do princípio da igualdade e da concorrência que se assenta a construção do mercado comum. (OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os princípios gerais da contratação pública. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 92).

necessidades da coletividade, que ficaria privada ao acesso a propostas e projetos que poderiam se revelar mais atraentes ao ângulo do interesse público.

O princípio da concorrência apresenta, também, uma dimensão econômica, conectada ao próprio princípio republicano<sup>605</sup>. A seleção da proposta mais vantajosa encerra um dever de boa gestão dos escassos recursos públicos. Essa boa gestão está diretamente vinculada ao dever de tornar a licitação pública a mais atrativa e competitiva possível, eliminando barreiras à entrada e exigências desnecessárias ou impertinentes que possam confluir para uma indevida ou ilegítima redução de potenciais operadores econômicos.

Assim, a efetiva concretização do princípio da concorrência no mercado das contratações públicas dependerá da capacidade da entidade adjudicante em ampliar a disputa e a competição, observados os parâmetros e condicionantes que limitam as escolhas públicas e restringem a sua autonomia decisória.

O dever de concretizar a economicidade pela via do princípio da concorrência é inerente ao exercício da função pública, porquanto se cuida de uma responsabilidade e uma gestão sobre um bem que não lhe pertence. Cura-se interesse alheio e cuja titularidade é da coletividade.

É possível perceber, ainda, que o princípio da concorrência na contratação pública mescla imperativos éticos e econômicos. Não se pode, a pretexto de selecionar a proposta economicamente mais vantajosa, aceitar comportamentos ou propostas imorais ou fraudulentas, ainda que viessem a repercutir no menor dispêndio de recursos públicos. A tutela da concorrência no mercado de contratações públicas é limitada e condicionada por valores e princípios que a conformam, exigindo um grau de eticidade compatível com a *res pública*.

Todas as dimensões acima referidas são reveladoras de que o princípio da concorrência no mercado das contratações públicas produz benefícios para a coletividade e para o bem-estar social, promovendo uma alocação justa dos recursos públicos e permitindo o acesso igualitário pelo direito de celebrar um contrato administrativo.

Essa brevíssima digressão sobre o princípio da concorrência nas contratações públicas é extremamente relevante para os fins da investigação acerca da mutabilidade nos contratos de concessão. Como visto ao longo deste estudo, os contratos de concessão

---

<sup>605</sup> Cf. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010. p. 65).

são duradouros por natureza e encerram projetos estruturantes vinculados, via de regras, às satisfações primárias da coletividade.

A mutabilidade dos contratos de concessão contemporâneos - como se procurou demonstrar nos capítulos anteriores - é esperada e previsível como elemento intrínseco da realidade e dela deve se ocupar a regulação do contrato como um dos seus eixos principais. A estabilidade e a capacidade de adaptação devem caminhar juntas no regime público contratual<sup>606</sup>.

Entretanto, a mutabilidade se encontra conformada pelo princípio da concorrência, que exsurge como o principal parâmetro limitador das inevitáveis mutações que se operam durante a execução do contrato de concessão<sup>607</sup>.

A mutabilidade dos contratos administrativos - e mesmo dos contratos de concessão - nunca foi ilimitada ou incondicionada. Se assim fosse, estar-se-ia diante de uma deturpação contratual inteiramente desconectada da prossecução do interesse público e da própria isonomia que deve orientar a ação pública.

Admitir uma mutabilidade ilimitada nos contratos administrativos - em especial nos contratos de concessão - resultaria em bloquear outros potenciais interessados em celebrar vínculos contratuais públicos. A mutabilidade incondicionada implicaria em uma injustificada prevalência de determinados operadores econômicos no mercado da contratação pública<sup>608</sup>, flagrantemente contrária ao princípio da igualdade que deve nortear a conduta e a ação pública.

No caso dos contratos de concessão, utilizar a mutabilidade - nas suas mais diversas facetas - como escusa para prolongar o contrato além do prazo indispensável ou mesmo para desnaturar o seu objeto em relação ao que foi originalmente licitado, priva a sociedade de ter acesso a novos projetos e a contratos estruturantes do interesse público em longo prazo e cuja seleção deve se operar meritariamente por meio de processo de licitação pública.

---

<sup>606</sup> Nas palavras de Maria João Estorninho: “O regime jurídico da execução dos contratos celebrados por entidades públicas é moldado pelo princípio da prossecução do interesse público, do qual decorrem, simultaneamente, uma ideia de estabilidade e uma ideia de adaptabilidade.” ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável. Coimbra: Almedina, 2012. p. 470.

<sup>607</sup> Em Portugal, a concorrência se encontra expressamente referida como limite de modificação dos contratos administrativos no artigo 313, n.º 1, b do Código de Contratos Públicos de Portugal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

<sup>608</sup> Examinando a experiência britânica, Peter Vincent Jones alerta sobre o risco de monopolização do mercado público por grandes grupos que podem, a longo prazo, estabelecer estratégias para afastar potenciais concorrentes. VINCENT-JONES, Peter. The new public contracting: regulation, responsiveness, relationality. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 188.

O interesse dos potenciais operadores econômicos em participar de futuras licitações públicas deve ser protegido pelo Direito e não pode ser bloqueado por uma desmedida mutabilidade.<sup>609</sup>

Sintetizando, é possível aduzir que o princípio da concorrência tutela uma dupla dimensão de direitos subjetivos: a) dos operadores econômicos em ter acesso aos contratos de concessão - o que deflui do próprio princípio da igualdade; b) e da sociedade, de ver renovada a discussão e o debate sobre projetos estruturantes para toda a coletividade.

Entretanto, se não é complexo perceber que o princípio da concorrência se apresenta como o principal parâmetro conformador da mutabilidade nos contratos de concessão, o desafio é compreender concretamente os limites - objetivos e subjetivos - acerca da modificabilidade desses ajustes.

Como visto, os contratos de concessão são complexos, incompletos, com longos prazos e, evidentemente, sujeitos em maior grau e intensidade às mutações do que os demais contratos que apresentam prazos menores e que não são caracterizados por uma engenharia financeira e econômica tão sofisticada, tal qual ocorre, por exemplo, com os contratos de empreitada de obras públicas e de prestação de serviços. É claro que esses contratos também encerram os seus próprios desafios em relação à mutabilidade, mas é inegável que a articulação coordenada com o princípio da concorrência se põe em maior nível de dificuldade quando se trata de um contrato de concessão, conforme se exporá nos itens subsequentes.

Nesse contexto, torna-se indispensável aprofundar-se na compreensão acerca das regras que a Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu introduziu, pioneiramente, acerca da modificabilidade dos contratos de concessão durante o seu período de vigência. Destaca-se, como se verá, a enorme influência e, de certo modo, a prevalência do princípio da concorrência na formulação que originou os parâmetros de modificação dos contratos de concessão e que resultou no artigo 43 da referida Diretiva.

---

<sup>609</sup> Anotando como relevante a proteção dos terceiros interessados em concorrer, em especial como um limite ao exercício do poder de alteração unilateral do contrato ver ALMEIDA, Mário Aroso. Contratos administrativos e regime de sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 839. v. II. Na mesma linha, ver GOMES, Carla Amado. A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos. In: GONÇALVES, Pedro (org). Estudos da Contratação Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 542. V. I. Também no sentido de proteger os direitos dos demais operadores econômicos e a própria preservação do núcleo contratual ver MARTINS, Ana Gouveia. A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.70. v.. II.

Em contraponto, pretende-se demonstrar que, ao menos em matéria de edição de normas específicas sobre a mutabilidade dos contratos de concessão, o Brasil ainda não percebeu a relevância do tema, havendo – como já sinalizado nos capítulos anteriores – um vácuo legislativo sobre a matéria.

Isso, entretanto, não significa dizer que no Direito Brasileiro não existam limites à mutabilidade dos contratos de concessão; ao contrário, a discussão que se põe em relevo é bastante similar à que vem ocorrendo no Direito Europeu, inclusive em relação aos mesmos parâmetros materiais conformadores da mutabilidade.

Antes, contudo, de adentrar no exame específico dos limites materiais da mutabilidade no Direito Europeu – com o advento da Diretiva 2014/23/EU - e no Direito brasileiro, é oportuno examinar, pela sua relevância, o princípio da intangibilidade do objeto.

## 5.2 O princípio da intangibilidade do objeto

Em certa medida, a intangibilidade do objeto decorre de uma constatação óbvia: não se pode alterar o contrato de concessão de tal maneira que deturpe ou desnature por completo o objeto originalmente licitado.

A intangibilidade do objeto surgiu como um limite ao exercício do poder de modificação unilateral do contraente público<sup>610</sup>. Mesmo na construção assimétrica dos poderes exorbitantes dos contratos administrativos, haveria de ser assegurado ao cocontratante uma proteção em face dessa prerrogativa unilateral que, à evidência, não poderia ser de tal ordem a ponto de descaracterizar integralmente o objeto, sob pena de violar à tutela da confiança e boa-fé do próprio cocontratante.

Contudo, para além de proteger os direitos do cocontratante em casos do exercício da *potestas variandi*, a preservação do núcleo essencial do objeto é um parâmetro que deve ser observado independente da natureza da mutação. Mesmo alterações consensuais e bilaterais não encontram respaldo no ordenamento jurídico para transfigurar o objeto do contrato de concessão.

Conecta-se a ideia de intangibilidade do objeto ao próprio princípio da concorrência, que, igualmente, lhe confere fundamento de validade. Admitir uma

---

<sup>610</sup> Esta é a posição adotada por GUETTIER, Christophone. *Droit des contrats administratifs*. 3. ed. Paris: PUF, 2011. p. 437. No mesmo sentido ver RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2010. p. 322.

mutação que desnaturasse por completo o objeto originalmente licitado e pactuado entre as partes, implicaria na violação do direito subjetivo dos demais licitantes que participaram do certame e até mesmo de terceiros que, diante do objeto tal qual definido originalmente, tenham deixado de ofertar propostas.

O contrato de concessão - como de resto ocorre com qualquer contrato administrativo - encontra no procedimento seletivo que o antecedeu condicionantes e restrições que limitam a sua mutabilidade, em especial, no que se refere ao núcleo essencial do objeto.

A intangibilidade do objeto tem um caráter garantidor de tríplice dimensão e que tutela os seguintes direitos subjetivos: a) do cocontratante que se vê protegido de um poder ilimitado de alteração unilateral do contrato de concessão; b) de terceiros que participaram ou não da licitação, cujos interesses somente poderiam ser tutelados a partir da existência prévia deste limite; c) da sociedade e dos interesses da coletividade, que diante de transformações radicais do objeto originalmente licitado, estaria privada, pela via meritória da concorrência, de usufruir de outro projeto estruturante de interesse público refletido no contrato de concessão.

Em síntese, o objeto licitado deve guardar identidade material com o objeto contratado e não sofrer qualquer tipo de transfiguração por meio de uma degenerada mutabilidade, em especial pela via da alteração unilateral do contrato. Na clássica lição de Diogo Freitas do Amaral (2013)<sup>611</sup>, é possível que se promova a alteração *do* contrato, mas não *de* contrato.

Em exemplo extremado, não poderia um contrato de concessão de rodovia ser alterado para admitir que o cocontratante prestasse, ainda que em pequeno trecho, serviços de transporte rodoviário para uma determinada categoria de usuários. O objeto da prestação do serviço é de outra natureza<sup>612</sup> e somente poderia, em tese, ser cogitado se o instrumento convocatório e o próprio contrato autorizassem expressamente.

---

<sup>611</sup> AMARAL, Diogo Freitas. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 628. Na mesma linha e explicando que uma transformação radical do objeto imporia o resgate no caso de uma concessão de serviço público ver GONÇALVES, Pedro. A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória). Coimbra: Almedina, 1999. p. 258. Em posição semelhante e aduzindo que deve ser mantida a identidade do contrato ver SAINZ MORENO, Fernando. Prerrogativas de la administración em la contratación administrativa. In: GARCIA, Benigno Pendas (coord). Derecho de los contratos públicos: estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Barcelona: Praxis, 1995. p. 449 - 450.

<sup>612</sup> Aduzindo que é juridicamente inviável a inclusão de prestações que não guardam qualquer relação com a natureza do objeto ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos Administrativos. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, Boletim de Licitações e Contratos, 2006. p. 04.

No entanto, é suposto compreender que a intangibilidade do objeto não implica em cristalizar o objeto ou mesmo torná-lo imutável. O objeto pode, como qualquer outra cláusula contratual, ser alterado quantitativamente ou mesmo qualitativamente, o que encontra abrigo, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, como adiante se verá.

Bem vistas as coisas, a intangibilidade do objeto está conectada à ideia de proteger o núcleo essencial do contrato de uma desmedida e ilimitada mutação ou mesmo a uma mudança tão profunda nas condições originais da contratação que poderia macular o direito subjetivo de terceiros quando da realização da licitação pública.

Imagine-se, por exemplo, um contrato de concessão de transporte ferroviário que foi previamente licitado, mas que, por questões atreladas ao financiamento, nunca chegou a ser iniciado. Decorridos alguns anos da sua pactuação formal, pretendem as partes retomar a sua execução e alterar o seu objeto. Sucede que as condições são inteiramente distintas, a justificar a elaboração de outro projeto, com novo detalhamento dos aspectos técnicos e outros custos. O objeto continua sendo o mesmo, ou seja, transporte ferroviário, mas com uma configuração inteiramente distinta daquela que foi licitada.

É evidente que, no exemplo acima, restarão violados os princípios da intangibilidade do objeto e da concorrência. Uma mudança tão abrupta nas condições originais do objeto e da própria contratação afetaria o núcleo essencial do objeto e a sua intangibilidade, bem como afrontaria o princípio da concorrência, o que atingiria o direito subjetivo de terceiros em participar de licitação que apresentasse nova configuração, bem como privaria a sociedade de ter acesso, pela via meritória da competição, a um projeto estruturante de um relevante interesse público.

Os dois exemplos acima referidos são bastante radicais, sendo mais perceptível a ocorrência de uma mutabilidade degenerada e transfiguradora do objeto ou do seu núcleo essencial. Mas nem sempre a vida real colocará situações tão extremadas como as acima cogitadas. Em alguns casos, a decisão de alterar o contrato concessional ou realizar nova licitação pública pode ser bastante complexa e com diversas variáveis, em especial, se o contexto factual não se apresentar com esse grau de evidência.

Por isso que, *a priori*, não há como densificar de forma objetiva e completa o núcleo do que seria a intangibilidade do objeto ou mesmo desenvolver uma teoria que abarcasse o seu conteúdo de modo peremptório. Se a intangibilidade está ligada ao objeto e se o objeto é variável em cada licitação e em cada contrato de concessão, apenas diante de um substrato fático concreto é que se poderá investigar se a pretendida alteração do contrato de concessão extrapola ou não a intangibilidade do objeto.

### 5.3 O Direito Europeu e os parâmetros substantivos conformadores da mutabilidade: a proteção da concorrência na fase contratual

A contratação pública – pela sua relevância na economia dos Estados-Membros – é de fulcral importância para o êxito do mercado comum europeu, com especial destaque para as despesas de investimento em setores de infraestrutura<sup>613</sup> que são viabilizadas pelos contratos de concessão.

Para que esse mercado único europeu pudesse ser construído a partir de bases sólidas, as regras comunitárias em matéria de contratação pública se lastrearam, fundamentalmente, na garantia da livre circulação dos serviços e na abertura à concorrência sem discriminações entre os Estados-Membros, o que decorreu, em grande medida, da contribuição decisiva da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>614</sup>.

Havia um certo protecionismo e resistência dos Estados-Membros na adoção de regras comunitárias capazes de conferir uma escala europeia às contratações públicas, o que resultava em uma barreira à construção do mercado único europeu<sup>615</sup>.

A liberalização dos contratos públicos e a sua conseqüente europeização<sup>616</sup> se desvelava como uma parte fundamental para a construção do mercado único, a justificar que a concorrência nas contratações públicas atingisse uma escala europeia e não mais circunscrita aos Estados-Membros.

Historicamente, o Direito Europeu se concentrou nos procedimentos pré-contratuais e não na disciplina do regime substantivo dos contratos<sup>617</sup>. Isso se explica porque é no processo de formação do contrato público (na licitação) que se assegura a concorrência na dimensão europeia e não mais limitada a cada Estado-Membro. Era, portanto, determinante regular e uniformizar as regras pré-contratuais para garantir que não haveria discriminação em razão da nacionalidade que pudesse colocar em risco a

---

<sup>613</sup> VIANA, Cláudia. Os Princípios Comunitários na Contratação Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 29.

<sup>614</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro. Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato. Disponível em: [www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf](http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf). Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>615</sup> Cf. VIANA, Cláudia. Os Princípios Comunitários na Contratação Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 39.

<sup>616</sup> Constatando a influência do Direito Europeu no direito dos Estados Membros ver IBAÑEZ, Santiago Gonzalez-Varas. El Derecho Administrativo Europeo. Instituto Andaluz de Administracion Publica, 2000.

<sup>617</sup> Nesse sentido ver TREUMER, Steen. Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement directive. In: Public Procurement Law Review, Nottingham, v. 3, p. 148, 2014.



concorrência comunitária, bem como para assegurar a livre circulação de serviços, determinante para a construção de um mercado único europeu.

Em certa medida, o Direito Europeu guardava uma deferência à autonomia contratual dos Estados-Membros, o que pode ser explicado pela complexidade na conformação de um regime jurídico uniformizado em países com realidades e experiências contratuais públicas tão diversas.

Entretanto, as novas Diretivas Europeias sobre o tema da contratação pública<sup>618</sup> consagraram definitivamente uma tendência que já se anunciava a partir da função pretoriana exercida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia: a disciplina do regime substantivo dos contratos. A “europeização” dos contratos passa a ser uma realidade com as novas Diretivas, que avançam na regulação e na disciplina de regras sobre o conteúdo e sobre a própria execução dos contratos públicos.

É neste contexto que as novas Diretivas passam a disciplinar a modificação dos contratos públicos. No essencial, a temática da mutabilidade passa a ser objeto de uma disciplina comunitária europeia e de uma verdadeira mudança de paradigma, com fortes limitações - no que interessa ao presente estudo - ao poder de modificação dos contratos.

O objetivo dessa nova regulação tem como principal propósito proteger o princípio da concorrência também na fase de execução do contrato<sup>619</sup>, conformando o que pode ou não ser objeto de modificação nos contratos públicos. Explica Pedro Gonçalves que, a proteção da concorrência surge como um novo e autónomo critério de limitação da modificação dos contratos<sup>620</sup>.

A preocupação com o “interesse público europeu da concorrência”<sup>621</sup> não mais se confina aos procedimentos pré-contratuais (no momento da realização das licitações), mas se expande para a fase de execução dos contratos, criando condicionamentos e restrições ao poder de modificação<sup>622</sup>, seja por intermédio de alterações unilaterais ou bilaterais.

---

<sup>618</sup> Faz-se referência aqui à Diretiva 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos), Diretiva 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão) e a Diretiva 2014/25/UE (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores de água, energia, transportes e serviços postais).

<sup>619</sup> Neste sentido ver GONÇALVES, Pedro. Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2016. p. 567.

<sup>620</sup> GONÇALVES, Pedro. Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato. Disponível em [www.mlgtts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf](http://www.mlgtts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf). Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>621</sup> Expressão utilizada por MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015.

<sup>622</sup> Apontando a tendência da mutabilidade dos contratos administrativos estar sendo conformada pelo princípio da concorrência a partir do Direito Comunitário, reduzindo as possibilidades de adaptação e flexibilização contratual ver GAUDEMET, Yves. Droit administrative. 19. ed. Paris: LGDJ, 2010. p. 322.

Acende-se o alerta de que modificações em aspectos substanciais dos contratos podem não se circunscrever exclusivamente a uma relação *inter partes*, mas afetar os direitos subjetivos de terceiros que não participaram do procedimento licitatório ou mesmo que participariam de outra forma caso outras fossem as condições fixadas no instrumento convocatório. Enfim, o interesse público europeu da concorrência extravasa definitivamente para a fase de execução do contrato.

O eixo central deste raciocínio decorre do descompasso que haveria entre as novas condições impostas no processo de modificação dos contratos e as regras do jogo fixadas originariamente nos procedimentos pré-contratuais (na etapa da realização da licitação), compreendendo-se que poderiam configurar como uma nova e autônoma adjudicação, a justificar a realização de outro procedimento concorrencial, aberto a todos os interessados em razão da mudança na configuração do objeto originalmente licitado.

Essa evolução das Diretivas Europeias que culminou no avanço no regime substantivo do poder de modificação dos contratos, decorreu, como referido, a partir da construção pretoriana do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>623</sup>, como reconhecido pela doutrina<sup>624</sup>.

Entre as várias decisões que suportaram essa mudança de paradigma, cabe mencionar, em especial, o Acórdão Comissão/CAS *Succhi di Frutta Spa* e o Acórdão *Pressetext*.

No Acórdão Comissão/CAS *Succhi di Frutta Spa*<sup>625</sup>, reconheceu o Tribunal que, uma vez adjudicado o objeto, não poderia ocorrer uma modificação de uma condição estabelecida no procedimento concursal. Tratava-se ali de proceder a substituição das frutas indicadas no anúncio do concurso por outras frutas como modo de pagamento dos produtos que seriam fornecidos. Entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia que

---

<sup>623</sup> Com efeito, essa jurisprudência será determinante para a própria interpretação das Diretivas, como alude ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*. 3. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2014. p. 597.

<sup>624</sup> Licínio Lopes Martins sintetiza o conjunto de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia que serviram de fundamentação para a nova conformação das Diretivas Europeias: “Mas a elaboração mais precisa dos limites à modificação caberia à jurisprudência do TJUE, assumida já, entre nós, pelo Tribunal de Contas. Referimo-nos essencialmente à jurisprudência firmada no Acórdão de 14 de outubro de 1999, caso *Succhi di Frutta* (do Tribunal de Pequena Instância – TPI), no Acórdão de 05 de outubro de 2000, Comissão/França, no Acórdão de 29 de abril de 2004, Comissão/CAS *Succhi Di Frutta*, no Acórdão de 19 de junho de 2008, *Pressetext*. Jurisprudência reiterada, entretanto, no Acórdão de 13 de abril de 2010, *Wall AG c. Stadt Frankfurt am Main*, no Acórdão de 29 de abril de 2010, Comissão c. Alemanha e no Acórdão *Acoset*, de 15 de outubro de 2009, tendo este último tornado extensiva essa jurisprudência aos contratos celebrados no âmbito das parcerias público-privadas institucionalizadas. (MARTINS, Licínio Lopes, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público* (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 395 - 396.

<sup>625</sup> Cf. Acórdão de 29.04.2004, proc. C-469/99.

essa possibilidade de substituição das frutas deveria estar, originariamente, prevista no anúncio do concurso, de modo que todos os potenciais interessados soubessem que essa era uma modificação possível e admissível.

No Acórdão *Pressetext*<sup>626</sup>, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi instado a decidir acerca de alterações levadas a efeito pelo Estado Austríaco e se, ao fim e ao cabo, tais modificações constituiriam uma nova adjudicação, a justificar a realização de novo procedimento concursal. O ponto fulcral debatido no Acórdão *Pressetext*<sup>627</sup> foi a avaliação acerca do impacto que as novas condições viabilizadas pela alteração do contrato produziram no procedimento concursal inicial e se, previstas desde o início, levariam a um resultado distinto daquele inicialmente alcançando. Também se discutiu no referido Acórdão o impacto de mudanças subjetivas na composição do cocontratante e em que medida essa reorganização interna societária poderia implicar em uma mudança de uma condição substancial, a justificar igualmente nova adjudicação.

Como adiante se verá, as novas Diretivas concentram as suas principais preocupações nesses pontos, procurando, de certo modo, prolongar os efeitos do procedimento concursal para a fase de execução do contrato, obstruindo que modificações relevantes e substanciais nas condições originais resultem em alterações contratuais, mas sejam novamente licitadas. Alguns autores referem isso, a uma espécie de “eficácia póstuma”<sup>628</sup> do procedimento concursal sobre os termos do contrato em execução.

As novas Diretivas, entretanto, não se limitam a criar condicionamentos negativos ao poder de modificação dos contratos, mas também estabelecem parâmetros acerca daquelas mutações que não necessariamente acarretarão a realização de novo procedimento licitatório. Enfim, o objetivo da regulação contratual pública europeia é o de fixar uma linha divisória entre as situações que ensejam alterações substanciais – e, portanto, justificadoras de nova adjudicação – e as situações que podem ser modificadas em uma relação contratual sem que se cogite de mácula ao princípio da concorrência.

Em razão do objeto de estudo desta tese se concentrar nos contratos de concessão, será examinado mais detidamente a Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu, eis que

---

<sup>626</sup> Cf. Acórdão de 19.06.2008, proc. C-454/06.

<sup>627</sup> Para aprofundamento do Acórdão *Pressetext* ver GONÇALVES, Pedro. *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*. Disponível em [www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf](http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf). Acesso em: 23 out. 2018

<sup>628</sup> Neste sentido ver OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os princípios gerais da contratação pública. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 69)

se ocupa da adjudicação dos contratos de concessão<sup>629</sup>. Sem a pretensão de esgotar tão vasto tema, a proposta aqui é descrever os principais aspectos substantivos do artigo 43 da referida Diretiva, que trata, exatamente, da modificação dos contratos de concessão durante o seu período de vigência.

Após essa apresentação do quadro geral do regime substantivo das restrições e limitações ao poder de modificação dos contratos de concessão, serão tecidas algumas considerações e reflexões críticas a respeito da regulação europeia.

### 5.3.1 As modificações que podem ser introduzidas sem nova licitação

O artigo 43 n° 1 estabelece cinco hipóteses de alterações contratuais que, *a priori*, não demandariam a realização de novo procedimento adjudicatório e que, portanto, consagrariam uma espécie de mutabilidade juridicamente admitida no plano do Direito Europeu. Passa-se a examinar sinteticamente cada uma delas.

#### 5.3.1.1 As modificações que tenham sido previstas no edital

Consagra o artigo 43, 1, a<sup>630</sup> da Diretiva 2014/23/EU a correta premissa de que todas as modificações que tiverem sido previstas nos documentos iniciais da concessão não ensejarão a realização de novo procedimento licitatório.

A previsibilidade das modificações na modelagem da licitação é determinante para concretizar os princípios da igualdade e da própria concorrência. A nenhum licitante será legítimo arguir a ilicitude de uma modificação no contrato de concessão se, a partida, todos os potenciais participantes já sabiam de antemão que aquela era uma alteração possível de ser promovida durante a execução do contrato.

Portanto, quanto maior for a previsibilidade acerca das possíveis expansões do objeto ou mesmo acréscimo de novos escopos, sobre a admissão de distintos modos de execução do objeto, sobre a capacidade do contrato se sujeitar a certa adaptação evolutiva

---

<sup>629</sup> O artigo 89 da Diretiva 2014/25 - relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores de água, da energia, transportes e serviços postais - também adota a mesma racionalidade.

<sup>630</sup> Art. 43, I, a: “1. As concessões podem ser modificadas sem novo procedimento de adjudicação de concessão, nos termos da presente Diretiva, em qualquer dos seguintes casos: a) Se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais da concessão em cláusulas de revisão, que podem incluir cláusulas de revisão dos valores, ou opções claras, precisas e inequívocas. Essas cláusulas devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas. Não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global da concessão.” (UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2014/23/EU, de 26 fev. 2014)

relativamente a novas tecnologias, em especial à luz das novas realidades que possam se impor durante a duradoura relação contratual, mais estará o contrato de concessão blindado acerca de possíveis questionamentos, quer seja em razão do princípio da igualdade, quer seja em razão do princípio da concorrência.

Afinal, no momento de elaboração das propostas e da precificação dos preços, todos os potenciais licitantes estavam em igualdade de condições, cientes não apenas das condições iniciais de execução do contrato, mas também das iminentes modificações - já devidamente autorizadas no edital - que poderão ser operacionalizadas ao longo da sua execução.

A realização de um novo procedimento adjudicatório a partir de uma situação de modificabilidade originalmente prevista no instrumento convocatório pode, ao contrário, criar uma violação ao direito subjetivo do cocontratante. Não seria legítimo e, por isso, repudiado pelo ordenamento jurídico, que as condições inicialmente tratadas no contrato tomadas como expectativas reais, autênticas, sejam transmudadas pela entidade adjudicante, decidindo pela realização de procedimento licitatório.

Não pode, portanto, o contraente público acenar no edital e no contrato em determinado sentido e, após formalizada a outorga, praticar atos em sentido diametralmente oposto, frustrando a legítima expectativa do particular que, acreditando na presumida seriedade da atuação estatal, aderiu confiante às condições impostas no instrumento convocatório. A realização de licitação, nesta hipótese, importaria em modificação inesperada do substrato econômico da relação jurídica constituída, violando a justa expectativa, a confiança legítima e, assim, a segurança jurídica do cocontratante.

Sob outro ângulo, claro que essa previsibilidade é limitada pela racionalidade humana, como suscitado no Capítulo 2, não sendo factível esperar que o instrumento convocatório do procedimento licitatório e nem o contrato de concessão sejam capazes de exercer uma “futurologia” acerca de todas as modificações que poderão se suceder ao longo da duradoura execução do contrato, dada a sua intrínseca incompletude.

Na modelagem e no planejamento do procedimento licitatório, a temática da mutabilidade deve ocupar papel de centralidade, com todas os prognósticos sobre possíveis e prováveis mutações sendo objeto de regulação *ex ante*, o que, insista-se, blindará as futuras modificações de questionamentos em face dos princípios da igualdade e da concorrência.

Faz-se importante referir, entretanto, que o procedimento concursal e o próprio contrato de concessão não devem se ocupar das mutações de forma vaga, genérica e

imprecisa. O artigo 43, n° 1, a da Diretiva 2014/23/EU explicita que as cláusulas de revisão devem refletir opções claras, precisas e inequívocas, indicando o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas.

A previsão de cláusulas genéricas e excessivamente lacunosas acerca da modificabilidade do contrato pode, ao revés, agregar incerteza no procedimento licitatório e prejudicar a própria concorrência, eis que não saberão os potenciais licitantes precificar as condições nas quais essas mutações serão operacionalizadas. O poder de modificação do contrato de concessão (seja unilateral ou bilateral) não é ilimitado<sup>631</sup>.

Outro aspecto a se destacar é que, uma vez prevista nos documentos iniciais da concessão, a alteração poderá se operacionalizar independente do seu valor monetário, a reforçar a importância de que a previsibilidade inicial da mutabilidade assume extrema relevância ao longo da execução do contrato de concessão.

Mas se não há limitação quanto ao valor, de outro lado o artigo 43, n° 1, a da Diretiva 2014/23/EU estabelece que a previsibilidade da mutabilidade nos documentos iniciais da concessão não tem o condão de afetar ou alterar a natureza global da concessão, encontrando essa restrição justificção nos referidos princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto. Aliás, essa preocupação em não transmutar a natureza da concessão permeia todo o artigo 43, como adiante se verá.

#### 5.3.1.2 A modificação decorrente da necessidade de obras ou serviços adicionais

Alude o artigo 43, n° 1 b da Diretiva 2014/23/EU<sup>632</sup> à situação bastante comum nos contratos duradouros, nomeadamente nos contratos de concessão: a superveniente

---

<sup>631</sup> Veja-se, sobre o ponto, o Considerando n° 78 da Diretiva 2014/23/EU: “Deverá ser dada às autoridades e entidades adjudicantes a possibilidade de preverem modificações da concessão através de cláusulas de revisão ou opção, mas estas cláusulas não deverão dar-lhes um poder de apreciação ilimitado. A presente diretiva deverá definir, assim, em que medida podem ser previstas modificações na concessão inicial. Deverá, por conseguinte, ser especificado que, em cláusulas de revisão ou opção redigidas, de fora suficientemente clara, poderão, por exemplo, ser previstas indexações de preço ou se poderá assegurar que, por exemplo, o equipamento de comunicação a entregar ao longo de um determinado período continue a ser adequado, mesmo que haja mudanças nos protocolos de comunicações ou outras mudanças tecnológicas. Também deverá ser possível, em cláusulas suficientemente claras, prever as adaptações da concessão que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou manutenção. Convém também recordar que as concessões poderão, por exemplo, incluir tanto a manutenção normal como as intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade de um serviço público.

<sup>632</sup> Art. 43, n° I, b: “1. As concessões podem ser modificadas sem novo procedimento de adjudicação de concessão, nos termos da presente Diretiva, em qualquer dos seguintes casos: [...] b) Se houver necessidade de obras ou serviços adicionais por parte do concessionário original que não tenham sido incluídos na concessão inicial, caso a mudança do concessionário: i) não possa ser efetuada por razões econômicas ou

necessidade de obras ou serviços adicionais, também bastante presente nos contratos de empreitada de obras públicas<sup>633</sup>. A disciplina da alínea b se refere às novas obras ou serviços adicionais que não tenham sido incluídos na concessão inicial, ou seja, cuja previsibilidade não foi possível ser alcançada no início da modelagem.

Como se explicitou ao longo deste estudo, os contratos de concessão são dinâmicos e evolutivos por natureza, sendo esperado e previsível que novas circunstâncias imponham a mudança das necessidades originalmente estabelecidas.

A Diretiva 2014/23/EU reconhece esse dado da realidade e explicita a possibilidade de que novas obras e serviços adicionais - não previstos originariamente nos documentos iniciais da concessão - sejam acrescidos ao contrato sem que se promova a mudança do cocontratante.

É da essência das concessões que novos investimentos sejam agregados ao longo do percurso<sup>634</sup>, fruto da necessidade de obras, serviços ou mesmo oferecimento de disponibilidades na infraestrutura supervenientes ao início da execução do contrato, dada a incompletude ínsita aos contratos de concessão e da incapacidade de exaurimento ou mesmo de uma regulação absoluta de todos os seus aspectos no momento inicial da sua modelagem.

Mas essa possibilidade de acréscimo de novas obras ou serviços - sem previsão nos documentos iniciais da concessão - não é igualmente ilimitada, mas condicionada, segundo o artigo 43, n° 1, b, ao menos ao enquadramento a uma das seguintes situações: para que se opere sem a mudança do cocontratante: a) razões técnicas ou econômicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes adquiridos ao abrigo da concessão inicial; b) seja altamente

---

técnicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalação existentes adquiridos ao abrigo da concessão inicial, e; (ii) seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade ou entidade adjudicante. Todavia, no caso de concessões adjudicadas por uma autoridade adjudicante, para efeitos de prosseguir uma atividade diferente das referidas no Anexo II, o aumento dos valores não pode ser superior a 50% do valor da concessão original. Caso sejam realizadas diversas modificações, essa limitação aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo contornar a aplicação das disposições da presente Diretiva.” (UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2014/23/EU, de 26 fev. 2014)

<sup>633</sup> Paulo Linhares Dias afirma que a disciplina europeia dos serviços e trabalhos a mais corresponde, a grosso modo, à noção de trabalhos a mais que tem perpassado os diversos regimes jurídicos de empreitadas de obras públicas. O autor destaca, ainda, que a proibição de que tais modificações alterem a natureza global dos contratos é transversal a todas as modificações objetivas do contrato. (DIAS, Paulo Linhares. A execução dos contratos públicos na Diretiva 2014/24/EU. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, ano 6, n° 11, p. 110, jul./ago. 2017)

<sup>634</sup> A possibilidade de inclusão de novos investimentos é expressamente referida no Considerado n° 52 da Diretiva 2014/23/EU: “Deverá ser possível incluir investimentos iniciais e investimentos novos considerados necessários para a exploração da concessão, em particular despesas de infraestruturas, direitos de autor, patentes, equipamento, logística, contratação, formação de pessoal e as despesas iniciais”.

inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade ou entidade adjudicante.

Cria-se a necessidade de reforço do ônus argumentativo para demonstrar que seria ineficiente que essas alterações, ainda que não previstas originalmente no instrumento convocatório, fossem executados por outro cocontratante, seja em razão de aspectos técnicos que impedem a sua delimitação como um objeto dotado de autonomia, seja em razão dos aspectos econômicos, porquanto eventual delegação à outro cocontratante produziria um efeito contrário à boa gestão dos recursos públicos.

É suposto concluir que embasam essa hipótese de modificabilidade do contrato de concessão os princípios do interesse público, da continuidade do serviço público, da eficiência e da economicidade. A rigor, a regulação europeia confere à entidade adjudicante a prerrogativa de exercer, no caso concreto, a ponderação acerca da vantajosidade em se manter o cocontratante por razões técnicas e econômicas em caso de novas obras, investimentos ou serviços que se acresçam ao objeto original e não realizar novo procedimento concursal.

Mas, para tanto, será necessária uma adequada e pertinente motivação que ateste a existência das razões técnicas e econômicas que justificam a alteração do contrato e não a realização de novo procedimento licitatório. A legitimidade do acréscimo de novas obras e serviços - não previstas originalmente - estará diretamente ligada à capacidade da entidade adjudicante em demonstrar fundadas razões que amparem a modificação do contrato e a manutenção do cocontratante.

É evidente que não é impeditivo que, a partir do substrato fático de cada hipótese, a entidade adjudicante alcance conclusão oposta, ou seja, de que uma obra ou serviço adicional comporta uma certa autonomia em relação ao objeto inicial originalmente licitado, resultando, via de consequência, na realização de novo procedimento adjudicatório.

O que o artigo 43, n° 1 b da Diretiva 2014/23/EU fez foi, corretamente, reconhecer um espaço de discricionariedade para que essas situações obras ou serviços adicionais sejam objeto de ponderação à luz de cada caso concreto, abrindo-se a alternativa para: a) alteração do contrato de concessão; b) realização de novo procedimento licitatório. Aqui, por exemplo, não se vislumbra uma opção prévia e hermética a favor do interesse público europeu da concorrência.

Para além dos requisitos acima examinados, essas obras e serviços adicionais deverão observar o limite previsto no artigo 43, n° 1, b, não podendo se perfazer um



aumento dos valores que sejam superiores a 50% do valor da concessão original. Explicita-se, ainda, que, no caso de várias modificações, a limitação será aplicada a cada uma delas, desde que se demonstre que o seu objetivo não é o de contornar a aplicação das disposições previstas na Diretiva.

Talvez aqui, o limite tenha sido excessivamente alargado, haja vista que o percentual de 50% aplicar-se-á sobre o valor de cada modificação. Permite-se, em tese, que a cada obra ou serviço adicional se acresça o percentual de 50% do valor original, o que pode se apresentar, na prática, como uma brecha para uma mutabilidade degenerada capaz de comprometer a própria tutela do princípio da concorrência<sup>635</sup>.

A rigor, mesmo no caso das obras e serviços adicionais com limites que incidem sobre cada modificação, é preciso evitar que, a pretexto da alteração do contrato, sejam cometidos abusos que maculem o princípio da concorrência, preocupação essa externada na própria Diretiva quando alude que “tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo contornar a aplicação das disposições da presente diretiva”.

### 5.3.1.3 As modificações decorrentes da imprevisibilidade

Outra possibilidade de modificação não prevista originariamente no instrumento convocatório é aquela que decorre de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não poderia prever. É o que determina o art. 43, 1, c, i da Diretiva 2014/23/EU<sup>636</sup>.

Trata-se de um importante reconhecimento acerca da impossibilidade do procedimento concursal e mesmo do contrato de concessão preverem todas as circunstâncias e contingências futuras que poderão interferir na sua execução. Aproxima-se o artigo 43, 1, c da Diretiva 2014/23/EU da racionalidade e dos pressupostos teóricos da Teoria da Imprevisão, examinada no Capítulo 3.

---

<sup>635</sup> Como adiante será referido, no Brasil tem prevalecido o entendimento de que não há limitação de valor para os contratos concessionais. Contudo, para os demais contratos administrativos, a teor do disposto no artigo 65, § 1, da Lei nº 8.666/93, o limite de 25 % (vinte e cinco por cento) ou de 50 % (cinquenta por cento) incidem sobre o valor inicial atualizado do contrato e não sobre cada modificação.

<sup>636</sup> Art. 43, 1: “As concessões podem ser modificadas sem novo procedimento de adjudicação de concessão, nos termos da presente Diretiva, em qualquer dos seguintes casos: [...] c) Se se verificarem todas as seguintes condições: (i) a necessidade de modificação decorre de circunstâncias que uma autoridade adjudicante ou entidade adjudicante diligente não podia prever; (ii) a modificação não altera a natureza global da concessão; (iii) no caso de concessões adjudicadas pela autoridade adjudicante, para efeitos de prosseguir uma atividade diferente das referidas no Anexo II, o aumento dos valores não pode ser superior a 50% do valor da concessão original. Caso sejam realizadas diversas modificações, essa limitação aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo contornar a aplicação das disposições da presente Diretiva.” (UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2014/23/EU, de 26 fev. 2014)

Como anteriormente abordado, seja pela teoria econômica que qualifica os contratos como incompletos, seja em razão da construção histórica da teoria da imprevisão, seria rigorosamente desconectado da realidade considerar que o planejamento ou mesmo a modelagem de um contrato dessa natureza tivesse a capacidade de, *ex ante*, incorporar todas as variáveis com um grau de previsibilidade absoluto.

Circunstâncias imprevisíveis se apresentam como resultado inexorável do mundo dos fatos, que se impõe sempre de forma inesperada e veloz, cabendo ao Direito, ao invés de negar esse dado da realidade, criar mecanismos conformadores que possam manter uma certa estabilidade dinâmica aos contratos de concessão, na forma referida no Capítulo 2.

A regulação europeia foi cautelosa quando explicitou que essa modificação somente seria possível quando se trata de circunstância que uma entidade adjudicante diligente não poderia prever. Decorre daí, *a contrario sensu*, que se aquela situação poderia ser razoavelmente prevista nos documentos iniciais da concessão, não será o caso de invocar o art. 43, n° 1, c da Diretiva 2014/23/EU.

A alteração do contrato de concessão com fundamento na ocorrência de circunstâncias imprevisíveis, gera para a entidade adjudicante o ônus argumentativo de demonstrar que não era factível, *ex ante*, cogitar daquela mutação ou contingência futura.

Essa avaliação do que era ou não previsível nem sempre será singela e poderá suscitar interpretações diversas, somente sendo possível adentrar na sua adequação ou não a partir do substrato fático de cada hipótese.

É importante, contudo, mencionar o aspecto temporal a incidir no exame acerca da diligência da entidade adjudicante. Supor, por exemplo, que uma determinada circunstância que venha a ocorrer no vigésimo ano do contrato de concessão era previsível, deve levar em conta não o momento da sua ocorrência, mas a época na qual o contrato foi modelado.

Em outros termos, o olhar sobre a imprevisibilidade ou não da circunstância e mesmo sobre a eventual diligência ou não da entidade adjudicante deve ser retrospectiva, ou seja, considerando a realidade que se impunha à autoridade na época do procedimento licitatório<sup>637</sup>. Aquilo que era, a princípio, imprevisível vinte anos atrás pode ter se tornado

---

<sup>637</sup> Vale registrar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, instituída pelo Decreto-Lei n° 4.657, de 04.09.42, modificada pela Lei n° 13.655/18, considerou essa questão de modo expreso. Confira-se: “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1° Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo

previsível em razão da mudança da realidade, sendo pouco razoável exigir que a autoridade adjudicante atuasse com um grau de diligência ou mesmo com informações que não dispunha naquela altura.

Enfim, reconhece a regulação europeia, na disciplina do art. 43, n<sup>o</sup> 1, c da Diretiva 2014/23/EU, que será necessário, em alguma medida, conferir flexibilidade<sup>638</sup> na gestão do contrato de concessão para adequação destas circunstâncias imprevisíveis, sem que se imponha a realização de novo procedimento de adjudicação. Essa previsão assume maior relevo quando se disciplina sobre ajustes de longa duração, como é o caso dos contratos de concessão. A possibilidade de ocorrência de circunstâncias imprevistas é, evidentemente, maior do que nos contratos de menor duração.

Essa modificabilidade decorrente da imprevisibilidade não é, igualmente, ilimitada, mas conformada pela inviabilidade de alterar a natureza global da concessão. Como acentuado, a mutabilidade não pode resultar em uma degeneração ou deformação absoluta das condições iniciais do que foi originalmente pactuado e licitado. Mesmo as mudanças que decorram de fatos imprevisíveis devem - sob pena de se impor a realização de novo procedimento de adjudicação - observar o núcleo essencial do objeto licitado, com o que se protege, também, o princípio da concorrência também na fase de execução do contrato.

A mesma referência aos limites quantitativos de valor cogitada no artigo 43, 1, b é reproduzida no artigo 43, 1, c, demonstrando que a questão do valor do contrato e da própria modificação é um parâmetro objetivo para avaliar o cabimento ou não da mutabilidade.

---

ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.”

<sup>638</sup> O considerando n<sup>o</sup> 76 da Diretiva 2014/23/EU explicita o ponto: “As autoridades e entidades adjudicantes podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram a concessão, em especial quando a sua execução abrange um maior período de tempo. Nesses casos, é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar a concessão a essas circunstâncias sem um novo procedimento de adjudicação. O conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a circunstâncias que não podiam ter sido previstas, apesar de a autoridade ou entidade contratante ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível. Contudo, este conceito não se pode aplicar nos casos em que uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global da concessão, por exemplo, substituindo as obras a realizar ou os serviços a fornecer por algo diferente ou alterando profundamente o tipo da concessão, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado. No caso de concessões adjudicadas para efeitos de prosseguir uma atividade diferente das referidas no Anexo II, o aumento dos valores sem implicar um novo procedimento de adjudicação não poderá ultrapassar 50% do valor da concessão original. Quando forem realizadas diversas modificações sucessivas, essa limitação aplicar-se-á ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não poderão ter por objetivo contornar as disposições da presente Diretiva.”

#### 5.3.1.4 As modificações subjetivas do cocontratante

O artigo 43, n° 1, d<sup>639</sup> da Diretiva 2014/23/EU regula as hipóteses de alteração subjetiva do concessionário que podem se operar sem a necessidade de novo procedimento de adjudicação. A preocupação central se volta, igualmente, para que a modificação do executor do contrato de concessão não afronte o princípio da concorrência. Três são os motivos arrolados que autorizam modificações de natureza subjetiva a teor do disposto na referida regra comunitária.

A primeira possibilidade é a previsão de cláusula de revisão ou opção inequívoca, nos termos da alínea a. Desde que a possibilidade de alteração subjetiva tenha sido prevista nos documentos iniciais da concessão, com cláusulas de revisão ou opções claras, precisas e inequívocas, indicando o âmbito e a natureza, estará autorizada a modificação subjetiva do cocontratante.

É preciso cautela na interpretação da referida norma<sup>640</sup>. Não parece que a intenção da Diretiva tenha sido a de conferir uma autorização genérica para modificações subjetivas que ultrapassem os limites materiais antes assinalados. O simples fato de o instrumento convocatório prever a possibilidade de alteração do cocontratante, em cláusula de revisão ou opção inequívoca, não é bastante suficiente para uma interpretação extensiva que legitime toda e qualquer modificação dessa natureza.

---

<sup>639</sup> Art. 43, n° 1: “As concessões podem ser modificadas sem novo procedimento de adjudicação de concessão, nos termos da presente Diretiva, em qualquer dos seguintes casos: [...] d) Se o concessionário ao qual a autoridade adjudicante ou a entidade atribuiu inicialmente a concessão for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos: (i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, nos termos da alínea a); (ii) transmissão universal ou parcial da posição do concessionário inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador econômico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente Diretiva, ou (iii) assunção pela própria autoridade adjudicante ou pela entidade adjudicante das obrigações do concessionário principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional.”

<sup>640</sup> Como bem observam Pedro Matias Pereira e Carla Machado: “A esse respeito deve assinalar-se que a possibilidade de incluir cláusulas de revisão que permitam grande latitude na alteração do cocontratante – admitindo a sua substituição por razões não estritamente ligadas ao objeto do contrato e cujo processo de escolha respeite apenas o que se determinar na cláusula de revisão – não nos parece ser de admitir. Na verdade, o poder de determinar uma alteração subjetiva do cocontratante deve ser fundamentado apenas em motivos de interesse público, o que deveria constituir um requisito específico da cláusula de revisão ou opção, tendo em vista assegurar, integralmente, o estrito respeito pelos princípios subjacentes à contratação pública, com especial enfoque, nesta situação, nos princípios da concorrência e da transparência. Em rigor, caso assim não seja, estar-se-á abrir uma caixa de pandora a modificações subjetivas introduzidas ao arrepio do interesse público e desligadas do objeto do contrato”. (PEREIRA, Pedro Matias; MACHADO, Carla. *Modificação e resolução dos contratos públicos na (nova) diretiva europeia dos contratos públicos*. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, p. 190, set/fev. 2017).

Aliado à previsão de cláusula de revisão ou opção inequívoca nos documentos iniciais da concessão, bem como ao atendimento de todos os demais requisitos cogitados no artigo 43, n° 1, a, da Diretiva 2014/23/EU, deverá estar descrita uma hipótese de modificação subjetiva que seja substancialmente legítima e que observe o princípio da concorrência e da intangibilidade do objeto.

Sendo o princípio da concorrência o principal fundamento valorativo para o avanço das Diretivas na fase de execução do contrato, notadamente quando da possibilidade de sua modificação, não faria sentido interpretar a referida regra extensivamente de modo a nela contemplar um permissivo excessivamente abrangente.

A segunda hipótese se vocaciona à um tipo de situação que não é incomum ao mundo empresarial e ao universo dos negócios, ainda que públicos. É a circunstância que pode suceder, ao longo da execução do contrato de concessão, com o cocontratante estando envolvido em reestruturações ou reorganizações societárias, fusões, aquisições ou mesmo situações de insolvência<sup>641</sup>.

Essa foi uma das questões centrais enfrentadas no Acórdão *Pressetext*, que examinou a transferência de um conjunto de obrigações contratuais para uma filial constituída pela cocontratante, que detinha a integralidade do seu controle acionário, tendo o Tribunal de Justiça da União Europeia decidido que se tratava de mera reorganização interna do cocontratante, não incidindo em uma modificação essencial do contrato a justificar novo processo de adjudicação<sup>642</sup>.

Existem, contudo, limitações ao exercício destas mudanças subjetivas que decorram das mutações próprias das atividades empresariais. Seria temerário aceitar, sem qualquer condicionante, uma imposição privada que pudesse colocar em risco o

---

<sup>641</sup> O considerando n° 77 da Diretiva 2014/23/EU elucida as razões da regra: “Em conformidade com os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, o adjudicatário não deverá, por exemplo quando um contrato seja rescindido devido a deficiências na execução, ser substituído por outro operador econômico, sem se reabrir a concessão à concorrência. Todavia, o adjudicatário responsável pela concessão deverá poder designadamente quando a concessão tenha sido adjudicada a um grupo de operadores econômicos, sofrer algumas alterações estruturais durante a sua execução, nomeadamente reorganizações puramente internas, ofertas públicas de aquisição, fusões e aquisições ou falências. Essas alterações estruturais não deverão exigir automaticamente novos procedimentos de adjudicação para a concessão executada por esse adjudicatário.”

<sup>642</sup> No relato de Pedro Gonçalves comentando o referido Acórdão: “Com efeito, resulta dos autos que a APA-OTS é uma filial detida a 100% pela AOA, que esta última dispõe de um poder de direção sobre a APA – OTS e que entre estas duas entidades existe um contrato de transferência de lucros e perdas, assumidos pela APA. Além disso, resulta dos autos que uma pessoa habilitada a representar a APA assegurou à entidade adjudicante que, na sequência da transferência dos serviços OTS, a APA era solidariamente responsável com a APA-OTS e que a prestação global existente não seria alterada. Tal operação representa, no essencial, uma reorganização interna do co-contratante, que não modifica de forma essencial os termos do contrato inicial.” (GONÇALVES, Pedro. *Acórdão Pressetext*: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato. Disponível em [www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf](http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf). Acesso em: 31 out. 2018)

atendimento do interesse público; afinal, trata-se de um contrato público e que, como tal, se submete a um conjunto de regras e mesmo racionalidades inteiramente distintas de uma relação estritamente privada.

Assim, como forma de preservar o interesse público, deverá o novo operador econômico atender aos critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, demonstrando a correta preocupação da Diretiva em assegurar que o contrato será executado de forma eficiente e com a estrita observância dos padrões de qualidade exigidos nos documentos iniciais.

Também se condiciona que a essa alteração subjetiva não venham atreladas outras modificações substanciais ao contrato, bem como a operação não tenha por objetivo contornar a aplicação da Diretiva.

Isso significa dizer que a regulação europeia se acautelou para que essa modificação subjetiva não seja causa de uma mutabilidade degenerada, capaz de alterar o núcleo essencial do contrato. Pretende-se, ainda, proteger os propósitos que fundamentam a própria edição da Diretiva, o que, na hipótese, implica em evitar que o princípio da concorrência seja vulnerado por operações societárias voltadas a burlar as regras comunitárias.

A terceira possibilidade envolve a assunção pela própria entidade adjudicante das obrigações do cocontratante principal para com os seus subcontratantes, desde que prevista na legislação nacional. A hipótese não versa sobre a mudança entre operadores econômicos, mas acerca da substituição do cocontratante pelo contraente público nas suas obrigações com os subcontratantes, relação essa que, frise-se, ostenta natureza privada.

Nesta hipótese não se põe em causa qualquer risco ao princípio da concorrência, não havendo um novo operador econômico privado, mantendo-se o mesmo cocontratante mas com as obrigações relativamente aos seus subcontratantes reduzidas a favor do contraente público. Trata-se de modificação que poderá permitir, por exemplo, que o contraente público efetue o pagamento diretamente aos subcontratantes, o que dependeria, entretanto, de autorização expressa na legislação nacional de cada país<sup>643</sup>.

---

<sup>643</sup> Cabe anotar que, no Brasil, essa é uma possibilidade facultada apenas às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme expressamente autoriza o artigo da Lei Complementar nº 123, de 14.12.06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Confira o disposto no artigo 48, II, § 2º: “Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: [...] II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; [...] § 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.”

É relevante anotar que a aquiescência da entidade adjudicante para a formalização dessa alteração subjetiva não constou como um requisito autônomo ou mesmo explícito no art. 43, n.º 1, d da Diretiva 2014/23/EU, mas se evidencia como um pressuposto para que a modificação se opere<sup>644</sup>.

Afinal, caberá ao contraente público avaliar a presença dos motivos autorizadores da mudança subjetiva do cocontratante, verificar as condições técnicas do novo operador económico, preservar o interesse público - não colocando em risco a execução do contrato - e, principalmente, zelar para que o princípio da concorrência não seja afrontado com a pretendida mutação subjetiva.

### 5.3.1.5 As modificações que não sejam substanciais

O artigo 43, n.º 1, e disciplina uma espécie de autorização genérica para que a modificação da concessão se opere, adotando um critério de exclusão<sup>645</sup>. Desde que a modificação, independente do seu valor, não seja considerada substancial, na forma do disposto no artigo 43, n.º 4, a concessão poderá ser alterada sem novo procedimento de adjudicação.

A modificação não substancial não é dotada de um conteúdo material próprio. Não se ocupou o regulador europeu em explicitar o que considera como “não substancial”, mas apenas de conferir contornos objetivos para o que compreende como modificação substancial, o que se depreende da leitura do artigo 43 n.º 4 e que será examinada a partir do item 5.2.3.

### 5.3.2 As modificações de valor que podem ser introduzidas sem nova licitação

Além das situações acima descritas, a Diretiva 2014/23/EU estabeleceu um critério de valor objetivo para definir as hipóteses de modificação sem a necessidade de realização de novo procedimento de adjudicação.

Mesmo que o substrato da mutação se enquadre como uma das situações de modificação substancial - examinada no próximo item - e que ensejariam a realização de

---

<sup>644</sup> Na mesma linha ver VIANA, Cláudia. Os Princípios Comunitários na Contratação Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 247.

<sup>645</sup> Pedro Gonçalves explica que o conceito de modificação substancial é definido pela negativa, sendo certo que qualquer modificação que não se enquadre em um dos itens que a qualifique como substancial será considerada não substancial e, logo, possível. GONÇALVES, Pedro Costa. Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2016, p. 572.

novo procedimento licitatório, se a alteração observar os limites estabelecidos no artigo 43, n° 2<sup>646</sup>, a modificação pode ser operada sem a atração do princípio da concorrência.

Para que essa modificação ocorra, sem maiores perquirições ou averiguações de outras condições, será necessário que seja inferior a ambos os seguintes valores: a) o limiar estabelecido no artigo 8°<sup>647</sup>; b) 10% do valor da concessão inicial. Cogita-se de uma limitação geral e uma limitação específica.

Explicita-se, ainda, que a modificação não pode alterar a natureza global da concessão e que no caso de várias modificações esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das várias modificações.

É possível depreender que a regulação europeia optou de forma definitiva por limites quantitativos condicionadores para a mutabilidade, presumindo que alterações que observem os referidos limites não são economicamente relevantes a ponto de provocar risco ou mesmo distorção ao princípio da concorrência, estando, portanto, previamente autorizadas.

### 5.3.3 As modificações substanciais que não podem ser introduzidas sem nova licitação

O artigo 43, n° 4 da Diretiva 2014/23/EU<sup>648</sup> regula as modificações consideradas substanciais e que, portanto, obrigariam a realização de novo procedimento de adjudicação.

A preocupação central - fruto da evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia - foi evitar que determinadas modificações pudessem distorcer o princípio da concorrência e da intangibilidade do objeto. O Direito Europeu se ocupa da

---

<sup>646</sup> Art. 43 2: “Além disso e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n° 4, alíneas a) e d), as concessões podem igualmente ser modificadas sem necessidade de novo procedimento de concessão, nos termos da presente diretiva, caso o valor da modificação seja inferior a ambos os valores: i) o limiar estabelecido no artigo 8°, e ii) 10% do valor da concessão inicial. Toda a modificação não pode alterar a natureza global da concessão. No caso de várias modificações, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das várias modificações.”

<sup>647</sup> “Art. 8°. Limiar e métodos de cálculo do valor estimado das concessões. 1. A presente diretiva aplica-se às concessões cujo valor seja igual ou superior a 5.186.000 EUR.”

<sup>648</sup> “Art. 43 [...] n° 4: A modificação de uma concessão durante o seu período de vigência é considerada substancial na aceção do n° 1, alínea e), caso torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente. Em qualquer caso, sem prejuízo dos n° 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma das seguintes condições: a-) a modificação introduz condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceite, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão; b) a modificação altera o equilíbrio econômico da concessão a favor do concessionário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial; c) a modificação alarga consideravelmente o âmbito da concessão; d) um concessionário ao qual a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante atribuiu inicialmente a concessão é substituído por um novo concessionário, em casos não previstos no n° 1, alínea d).”



temática da alteração dos contratos não apenas protegendo os interesses das partes e os interesses autônomos do próprio contrato, mas extravasa para tutelar objetivamente os direitos subjetivos de terceiros estranhos à relação contratual.

Enfim, avança o Direito Europeu definitivamente para tomar posição em defesa do princípio da concorrência (*scope of the competition*) e conformar as hipóteses nas quais a modificação não é admitida, ensejando o dever da entidade adjudicante recorrer novamente ao mercado para celebrar contrato distinto.

A despeito das diferenças existentes entre os países que adotam a *civil law* e a *common law*<sup>649</sup>, é importante referir que a jurisprudência norte americana desenvolveu a teoria das mudanças cardinais ou substanciais (*cardinal changes doctrine*)<sup>650</sup> para limitar as alterações promovidas pela autoridade contratante, admitindo como limite conformador apenas aquelas que estejam contempladas no objeto (*within the scope of the contract*), estando excluídas as modificações fora dos limites do objeto (*beyond the scope of the contract*), quando será indispensável a instauração de novo procedimento seletivo.

O artigo 43 n° 4 da Diretiva 2014/23/EU explicita – de forma inequívoca - que são consideradas modificações substanciais todas aquelas que venham a tornar o contrato materialmente diferente daquele celebrado inicialmente. Independente da natureza da modificação, articula o regulador europeu um limite simplesmente intransponível e extensivo a toda e qualquer alteração que se pretenda operar no contrato de concessão.

Faz-se importante referir que esse é um critério autônomo, não estando vinculado a nenhuma hipótese específica para lhe conferir fundamento de validade. Compreendida que uma determinada modificação desnatura por completo o contrato de concessão, pouco importa a causa justificadora. Tal modificação será considerada substancial e, portanto, ensejadora de novo procedimento de adjudicação.

Um olhar mais atento permite constatar que se trata da consagração, em nível europeu, do princípio da intangibilidade do objeto e da necessária manutenção do núcleo essencial do contrato de concessão, mesmo após as alterações que vierem a se suceder. A

---

<sup>649</sup> Para Jean-Bernard Auby os dois sistemas apresentam aproximações que não os separam de forma tão absoluta, o que decorre, em certa medida, da própria internacionalização dos contratos. AUBY, Jean-Bernard. Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere. Public Law, 2007. p. 40. À mesma conclusão chega Licínio Lopes Martin, examinando especificamente o regime de modificação do contrato de empreitada de obras pública. In: MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico- financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 391. Concluindo, na mesma linha, que o afastamento entre os dois regimes não passa de um mito histórico ver ZIMMERMAN, Reinhard. El carácter europeo del Derecho Inglés. Relaciones históricas entre Civil Law y Common Law, Estudios de Derecho privado europeu. Madri: Civitas, 2000, p. 161 e segs.

<sup>650</sup> Sobre o tema ver DEKEL, Omer. Modificacion of a government contract awarded following a competitive procedure. Public Contract Law Journal, Estados Unidos, n. 38, p. 415, abr. 2008 - 2009.

identidade material do contrato deve ser preservada e não pode ser agredida por uma mutabilidade que lhe transforme em outro contrato ou mesmo que transfigure as suas bases originais.

É de se notar, entretanto, que o artigo 43 n° 4 da referida Diretiva não se limita a prever um critério genérico, mas avança em quatro situações nas quais, *a priori*, as modificações serão consideradas substanciais e tornarão o contrato de concessão materialmente diferente daquele celebrado inicialmente.

Não parece que as hipóteses adiante examinadas devam ser consideradas exaustivas. Dito de outro modo, toda e qualquer modificação que produza como efeito uma verdadeira metamorfose nos aspectos materiais do contrato de concessão, deverá ser considerada substancial e, portanto, sujeita a nova adjudicação.

Passa-se ao exame de cada uma das modificações substanciais tipificadas no artigo 43, n° 4 da Diretiva 2014/23/EU.

#### 5.3.3.1 As modificações substanciais que alterariam a regra do jogo

O artigo 43, n° 4, a da Diretiva 2014/23/EU prevê que a modificação que venha a introduzir condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, atraindo mais participantes ao procedimento de adjudicação.

Confere-se “eficácia póstuma” ao procedimento de adjudicação, obrigando que seja feita uma avaliação acerca do impacto que a modificação produziria na etapa concorrencial, seja atraindo outros participantes, seja permitindo a aceitação de uma proposta que inicialmente não seria considerada, seja alterando a própria classificação entre os proponentes.

A despeito da sua aparente objetividade, não se vislumbra simples o enquadramento na referida hipótese, mormente em contratos duradouros como são os contratos de concessão. A rigor, muitas modificações que se sucedem em contratos duradouros, pela sua incompletude, provocariam uma mudança no procedimento de adjudicação, sem que com isso se pudesse, *a priori*, cogitar uma distorção concorrencial.

Não obstante a Diretiva não tenha avançado no ponto, poder-se-ia agregar que o tema comportaria o acréscimo da discussão acerca da superveniência ou não do fato ensejador da modificação. Se a causa da mutação for superveniente (ou seja, caso tenha se operado após a celebração do contrato) e se mostrar efetivamente necessária ao

atendimento do interesse público, parece rigoroso o seu enquadramento como modificação substancial pelo simples fato de que poderia ter influenciado o procedimento de adjudicação.

Bem vistas as coisas, toda e qualquer modificação que decorra de fato superveniente poderia, em tese, ter produzido como efeito uma alteração nas regras iniciais do procedimento licitatório e, também em tese, poderia ter modificado substancialmente o seu resultado ou mesmo ter implicado em maior interesse por parte de outros operadores econômicos. Há uma certa contradição - difícil de ser aparada - entre o critério adotado e a incidência posterior de uma causa modificativa do contrato de concessão.

A favor de uma interpretação que não torne toda e qualquer modificação por fato superveniente enquadrável na alínea a, é oportuno anotar que o próprio artigo 43, n° 4 faz referência a expressão “sem prejuízo dos n° 1 e 2°”, dando a entender que as hipóteses ali referidas estariam excluídas do conceito de uma modificação substancial. De certo modo, isso quer dizer que se ressalvam apenas os fatos supervenientes que tenham sido fruto de obras ou serviços adicionais (art. 43, n° 1, b) ou decorrentes de circunstâncias imprevisíveis (art. 43, n° 1, c).

*A contrario sensu*, qualquer outro fato superveniente que introduzir condições não previstas originalmente no procedimento inicial da concessão e que poderiam influenciar no procedimento de adjudicação estarão vedadas em razão do disposto no artigo 43, n° 4, a.

#### 5.3.3.2 As modificações substanciais que alterariam o equilíbrio econômico-financeiro a favor do cocontratante

O artigo 43, n° 4, b da Diretiva 2014/23/EU prevê que a modificação que altera o equilíbrio econômico-financeiro da concessão a favor do concessionário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial se qualifica como substancial e, portanto, sujeita a novo procedimento de adjudicação.

O tema já foi abordado no Capítulo 4 e se desvela, igualmente, como um limite material da mutabilidade. A reposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de uma modificação no contrato não pode colocar a outra parte em situação mais favorável do que aquela originalmente estabelecida.

Se o reequilíbrio coloca o cocontratante em posição mais favorável põe-se em causa uma violação ao princípio da igualdade e ao dever de imparcialidade estatal, conferindo-se um tratamento privilegiado que vicia a própria mutação.

Não obstante o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão seja matéria complexa, como pretendeu se demonstrar no Capítulo 4, fato é que caberá à regulação contratual conferir os contornos substantivos do que se compreende como equilíbrio naquela determinada relação contratual, as hipóteses geradoras de desequilíbrio e os mecanismos de reequilíbrio aptos a restaurarem a situação original.

Saber se a modificação coloca o cocontratante em posição mais favorável do que aquela originalmente instaurada, qualificando-a como substancial, nem sempre será tarefa simples. Quanto melhor for a regulação do contrato de concessão, mais perceptível será identificar eventual desbalanceamento a favor do cocontratante.

De todo o modo, a regra comunitária é relevante porque consagra uma premissa de justiça e igualdade que dever nortear as relações públicas contratuais, não sendo, como já examinado, propriamente uma novidade. Em Portugal, por exemplo, o item 6, do artigo 282 do Código de Contratos Públicos já incorpora essa regra.

Serve a regra comunitária como um sinalizador para que a entidade adjudicante se acautele para que a operacionalização da mutabilidade não gere desvios e nem distorções no equilíbrio econômico-financeiro, sob pena da modificação ser considerada substancial e acarretar na realização de novo procedimento de adjudicação.

Lado outro, modificação que chegue a concretizar a alteração do equilíbrio econômico-financeiro a favor do cocontratante deverá inevitavelmente, ter a sua declaração de nulidade decretada.

### 5.3.3.3 As modificações substanciais que alargam o âmbito da concessão

A terceira situação descrita como uma modificação substancial e, portanto, apta a provocar a realização de novo procedimento de adjudicação é aquela que alarga consideravelmente o âmbito da concessão, a teor do disposto no artigo 43, n.º 4, c da Diretiva 2014/23/EU.

Examinar se uma determinada modificação “alarga consideravelmente o âmbito da concessão” é matéria diretamente vinculada a especificidade de cada contrato. O conceito de alargamento de uma concessão é aberto e indeterminado, não se podendo, *a*

*priori*, estabelecer parâmetros substantivos que permitam, em abstrato, delimitar o seu conteúdo material.

É intuitivo, entretanto, que a preocupação do regulador europeu foi o de proteger a concorrência, evitando que o contrato de concessão expanda, ao longo da sua execução, o âmbito da concessão para além dos limites contratualmente fixados. Reconhecendo o mérito da preservação do interesse público da concorrência, fato é que, como referido nos capítulos anteriores, nos contratos de concessão - em razão da sua natural incompletude e estrutura evolutiva - a sua mutabilidade assume feições distintas, nem sempre sendo possível, em razão do seu dinamismo, cogitar de uma previsibilidade absoluta acerca das futuras circunstâncias supervenientes que poderão se suceder.

Pode-se presumir que será um alargamento do contrato de concessão toda obra ou serviço adicional que não atender aos requisitos do artigo 43, n° 1, b. Obras e serviços adicionais podem constituir, a depender do seu porte, uma expansão considerável do âmbito da concessão.

Como bem explica Pedro Gonçalves (2008)<sup>651</sup>, examinando a matéria a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, não se proíbe qualquer alargamento do objeto do contrato a prestações não previstas, vedando apenas o alargamento numa “medida importante”.

A utilização do vocábulo “considerável” confere uma certa margem de competência discricionária para que a entidade adjudicante possa avaliar se a modificação se insere ou não como um “alargamento considerável do âmbito da concessão”. Poderá, por exemplo, a autoridade adjudicante compreender que uma determinada modificação se insere como um alargamento, mas não “expressivo” ou “considerável” a justificar o seu enquadramento como uma modificação substancial.

#### 5.3.3.4 As modificações substanciais subjetivas

As modificações que implicam na alteração do cocontratante se qualificam, igualmente, como substanciais e ensejadoras de novo procedimento de adjudicação.

O critério adotado no artigo 43, n° 4, d da Diretiva 2014/23/EU foi o da exclusão. Noutros termos, será considerada substancial se um concessionário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente a concessão é substituído por um novo concessionário,

---

<sup>651</sup> GONÇALVES, Pedro. Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato. Disponível em: [www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf](http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf). Acesso em: 31 out. 2018.

em casos não previstos no artigo 43, n° 1, d. Evidencia-se, assim, que as hipóteses cogitadas de modificação subjetiva, sem novo procedimento de adjudicação, são taxativas e não podem escapar das situações descritas no 43, n° 1, d.

O que pretendeu explicitar o 43, n° 4, d é que toda e qualquer alteração que implique na substituição do cocontratante original resultará em novo procedimento de adjudicação, salvo se a hipótese estiver inserida em uma das três situações descritas no 43, n° 1, d.

Em relação à modificação subjetiva, ao contrário do que ocorreu com outras situações reguladas no artigo 43 da Diretiva 2014/23/EU, a opção parece ter sido por fixar critérios mais restritos e objetivos, não se valendo de conceitos abertos ou indeterminados que, propositadamente, confirmam maior margem de apreciação para a entidade adjudicante.

Talvez porque a modificação subjetiva seja - pela sua natureza e característica - uma situação de mutabilidade na qual mais o risco de distorção concorrencial fica mais evidenciado em razão de se operar a efetiva substituição do cocontratante original.

#### 5.3.4 Reflexões sobre a regulação europeia da mutabilidade

A circunstância da temática da mutabilidade nos contratos de longo prazo, nomeadamente nas concessões, ter ocupado papel de centralidade na Diretiva 2014/23/EU, bem como nas demais Diretivas sobre contratação pública se apresenta meritório.

Como tem se destacado ao longo deste estudo, a governação dos contratos de concessão assume redobrada importância em tempos de velozes e constantes modificações nos cenários econômico, financeiro, político, social e tecnológico, como os que vivemos atualmente.

Ignorar os aspectos substantivos da mutabilidade poderia significar, como bem percebeu o Tribunal de Justiça da União Europeia, um risco para a tutela e proteção do princípio da concorrência.

O panorama descrito nos itens anteriores permite inferir que o Direito Europeu não se estruturou a partir das categorias de modificação dos contratos administrativos examinadas no Capítulo 3 e que, tradicionalmente, foram concebidas a partir da dogmática do Direito francês.

Com a exceção da teoria da imprevisão (que guarda similitude com o regramento previsto no artigo 43, n° 1, c, i) não há, por exemplo, referências explícitas a conceitos doutrinários como fato do príncipe, fato da administração ou mesmo sujeição imprevista, permitindo deduzir que a diversidade dos regimes substantivos de contratação no Direito Europeu<sup>652</sup> viabilizou a criação de novos parâmetros de mutabilidade que poderão influenciar, significativamente, nos referenciais normativos de modificação dos contratos no Direito Nacional de cada país por ocasião da sua transposição.

Essa constatação não torna desimportante o estudo das categorias examinadas no capítulo 3 oriundas do Direito francês. Não se vislumbra que a regulação europeia venha a provocar a extinção das referidas categorias jurídicas nos ordenamentos nacionais que, desde sempre, estejam acostumados com elas a operar. Parece perfeitamente possível a coexistência dos parâmetros europeus de mutabilidade com as categorias tradicionais de modificabilidade próprias do Direito francês.

Entretanto, a regulação europeia demonstrou - como se pretendeu externar no Capítulo 3 - que as referidas categorias de modificabilidade que tiveram na França a sua origem - sendo difundida em vários países, inclusive Portugal - que não mais respondem de modo exaustivo às complexas questões que a temática da mutabilidade coloca modernamente, em especial, quando se está diante de contratos duradouros.

A perspectiva que se apresenta é mais ampliada, variada e, sobretudo, multidisciplinar. Em contratos complexos como são os concessionais, imbricam-se os aspectos econômicos, financeiros, técnicos, políticos e jurídicos, não sendo uma operação mecânica ou literal - subsumida apenas ao universo jurídico - avaliar a partir de padrões estritamente objetivos a juridicidade ou não de uma determinada modificação contratual.

A conformação substantiva da mutabilidade - tal como fez o regulador europeu - confere balizamentos que aumentam a transparência e a segurança jurídica na operação material de concretizar a mutabilidade. Isso é, indubitavelmente, um avanço.

Essa avaliação positiva, contudo, não é inibidora de que algumas reflexões críticas sejam extraídas do novo regime europeu regulador dos aspectos substantivos da mutabilidade.

---

<sup>652</sup> Como explica Maria João Estorninho: “Uma coisa é, no entanto, certa e importa que fique clara desde já: o Direito Comunitário desconhece a figura do contrato administrativo o que, aliás, facilmente se compreende, tanto porque, em virtude da diversidade dos modelos tradicionais, as regras comunitárias nesta matéria não puderam, à partida, aspirar a ser mais do que um mero mínimo denominador comum, como porque as razões subjacentes ao estabelecimento deste regime comunitário são muito diversas daquelas que historicamente determinaram a criação jurisprudencial da figura do contrato administrativo”. ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2012. p. 61.

Destaca-se, por exemplo, a circunstância de que o regime de modificação dos contratos de concessão se apresenta de modo bastante assemelhado aos dos demais contratos administrativos e que se encontram disciplinados no artigo 72 da Diretiva 2014/24 (relativa aos contratos públicos).

Dito em outros termos, o regime jurídico e os parâmetros de mutabilidade dos contratos públicos - independentemente da sua natureza - são bastante aproximados, o que se explica pela sua origem ter como berço a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Entretanto, as peculiaridades dos contratos de concessão, destacadas nesta tese, induzem ao raciocínio de que a regulação substantiva da mutabilidade talvez comportasse um regime com alguns traços distintivos em relação ao regime substantivo da mutabilidade dos demais contratos administrativos e que, talvez, devesse ter sido deferente em maior escala à ideia de reconhecimento da sua intrínseca incompletude<sup>653</sup>.

Um exemplo permite melhor compreender o que ora se afirma. Do ponto de vista pragmático, talvez o critério previsto no artigo 43, n.º 4, a seja mais adequado para contratos administrativos de menor duração, quando seria mais perceptível identificar se a modificação pretendida teria impactado o procedimento de adjudicação. Supõe-se como complexa a tarefa de enquadrar uma modificação a partir do referido critério em contratos de concessão duradouros, quer pelo distanciamento que a etapa concorrencial pode se apresentar<sup>654</sup>, quer pela sua natural e intrínseca incompletude.

Outro exemplo de maior complexidade quando se trata de contratos de concessão é a obrigatoriedade de que as potenciais modificações sejam, a partida, previstas no procedimento inicial de adjudicação. É inegável que a linha divisória entre circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente poderia prever e as circunstâncias imprevisíveis -

---

<sup>653</sup> Licínio Lopes Martins apresenta uma visão crítica no ponto: “Efectivamente, como igualmente se compreenderá melhor através da exposição subsequente, dada a complexidade relacional, as vicissitudes e o dinamismo inerentes a um contrato de longo termo, a que se associam os inexoráveis efeitos do tempo, por mais engenhosa e diligente que seja a capacidade de previsão dos contraentes, será praticamente irrealista exigir-lhes que, de forma clara, precisa e inequívoca, antecipem nas peças procedimentais, para dez, quinze, vinte anos..., todas aquelas vicissitudes e efeitos, independentemente da respectiva origem. Assim como será praticamente irrealista, àquela distância de tempo e de factos, demonstrar objetivamente, através de juízos póstumos de prognose ou retrospectivos (ou retrodatativos), que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação.” MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2015, p.400.

<sup>654</sup> Alexandra Leitão, na mesma linha, sustenta que os contratos duradouros estão mais sujeitos à alterações e circunstância supervenientes, não sendo razoável que o contrato fique adstrito aos termos do procedimento pré-contratual, até porque o próprio decurso do tempo pode fazer com que a exigência não mais faça sentido. LEITÃO, Alexandra. Contratos Interadministrativos. Coimbra: Almedina, 2011. p. 412.



prevista no art. 43, n° 01, c - nem sempre se afigurará com o padrão de objetividade esperado, haja vista que, a depender da natureza da modificação, seria demasiado complexo exigir da autoridade o exercício dessa capacidade absoluta de previsibilidade.

Enfim, a regulação substantiva da mutabilidade em nível europeu se traduz em inegável avanço. O ponto de reflexão é que, talvez, o seu regime devesse ter sido pensado mais a partir da racionalidade jurídica e econômica dos contratos de concessão<sup>655</sup> e menos a partir da estrutura dos contratos administrativos tradicionais.

Nesse aspecto, o Código de Contratos Públicos de Portugal aprovado pelo Decreto-Lei n° 18/2008 e alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.° 111-B/2017, de 31 de agosto, com vistas a transpor as Diretivas n° 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, excepcionou no seu artigo 313<sup>656</sup> determinadas condições de modificabilidade para os contratos duradouros, desde que o decurso do tempo as justifique.

---

<sup>655</sup> No ponto, vale destacar os valiosos parâmetros propostos Licínio Lopes Martins que, na sua avaliação, devem ser considerados no tema da modificação dos contratos administrativos de longa duração: a) a modificação respeite a identidade do tipo contratual; b) a modificação seja feita de boa-fé; c) o fundamento da modificação resida no interesse público; d) ou na alteração de circunstâncias (ou no caso de força maior); e) na necessidade de reajustar a equação inicial da distribuição de riscos por motivos imprevisíveis, por motivos imprevistos ou por defeito ou falha de previsão, seja a favor do cocontratante, seja a favor da Administração, seja de ambos; f) assegurar uma adaptação do contrato de forma a garantir quer a sua utilidade econômico-social, quer o seu equilíbrio, que não tem que ser por razões estritamente econômico-financeiras, podendo também ser razões ambientais, sociais, tecnológicas e outras, sem excluir eventuais razões políticas; g) a modificação deve limitar-se ao estritamente necessário, aludindo ao princípio da proporcionalidade da modificação; h) exigência de fundamentação especialmente acrescida ou qualificada, com vista a demonstrar a sua exigibilidade, racionalidade, proporcionalidade e transparência; i) publicitação nacional e comunitária da modificação, conforme o valor dos contratos, não apenas por razões de fiscalização por parte das entidades competentes, mas essencialmente por virtude da protecção de terceiros. MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico- financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 398 - 399.

<sup>656</sup> Confira-se: “Artigo 313.º Limites 1 - A modificação de qualquer contrato público, com os fundamentos previstos no artigo anterior, encontra-se sujeita aos seguintes limites: a) Não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato; b) Não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência; c) Não é permitida quando sejam introduzidas alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos, teriam ocasionado, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas; d) O aumento total de preço originado pelas eventuais modificações não pode ultrapassar 25 % do preço contratual inicial, no caso da alínea a) do artigo anterior, e 10 % do preço contratual inicial, no caso da alínea b) do artigo anterior; e) Não pode alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante em termos de este ser colocado em situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido. 2 - Não estão sujeitas às alíneas a), b) e c) do número anterior as modificações que resultem da natureza duradoura do vínculo contratual, desde que o decurso do tempo as justifique. 3 - A modificação dos contratos especialmente regulados no título ii da parte iii fica sujeita aos limites aí previstos. 4 - Nos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o fundamento previsto na alínea b) do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa. 5 - As modificações que não respeitem os limites estabelecidos no presente Código determinam a adoção de um novo procedimento de formação de contrato, caso a entidade adjudicante mantenha a decisão de contratar.”

Sem pretender examinar a referida norma - já que o objetivo aqui foi concentrar a investigação na regulação europeia - não se pode deixar de anotar que o legislador português não foi indiferente acerca da necessidade de distinguir, em alguma medida, os contratos duradouros dos demais contratos administrativos, no que se refere aos limites da sua modificabilidade, utilizando como principal parâmetro o fator temporal.

Licínio Lopes Martins (2015) defende a possibilidade de uma “caducidade permissiva da modificação” para os contratos de longa duração, no sentido de que determinadas limitações externas à modificação dos contratos deveriam vigorar e ser vinculativas apenas durante determinado período de tempo, valendo, quanto ao resto, as limitações clássicas dos contratos administrativos<sup>657</sup>.

Ao ângulo temporal, pode-se aludir que quanto mais próxima a modificação do contrato de concessão do momento da sua pactuação, maior deverá ser o ônus argumentativo para a sua justificação e legitimação. Tal cautela se justifica para evitar condutas oportunistas dos licitantes<sup>658</sup>, que podem buscar maximizar os seus benefícios em processos de renegociação logo em seguida ao aperfeiçoamento do contrato.

De todo modo, seja em nível europeu ou mesmo em nível nacional, seria impossível esperar que qualquer regulação substantiva da mutabilidade pudesse alcançar um grau de objetividade capaz de determinar, *a priori*, o que poderia ou não ser modificado em um contrato de concessão.

Não por outra razão que o artigo 43 da Diretiva 2014/23/EU mescla situações reguladas com maior grau de objetividade (como o limite de valor) e outras nas quais recorre à técnica de conceitos mais abertos (como nas modificações que alargam consideravelmente a concessão), viabilizando os necessários espaços de ponderação e sopesamento a partir da análise casuística dos fatos. Como referido no Capítulo 2, cada contrato comporta a sua racionalidade e mesmo cada segmento econômico - em especial no campo da infraestrutura - apresenta distintas características que podem, não raro, produzir diferentes perspectivas no campo da mutabilidade.

---

<sup>657</sup> MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico- financeiro). Coimbra: Almedina, 2015. p. 399 - 400. Na mesma linha é a ponderação de Juan Carlos Cassagne: “Desde luego que, para preservar los derechos de los oferentes que participaron en una licitación o concurso deben mediar circunstancias objetivas (aplicables cualquiera hubiera sido el adjudicatario) y debe haber transcurrido un tempo razonable a partir del perfeccionamiento del contrato.” CASSAGNE, Juan Carlos. 2. ed. El Contrato Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005. p. 120.

<sup>658</sup> Nuno Cunha Rodrigues aponta o problema do oportunismo pós-contratual na compreensão dos contratos públicos. RODRIGUES, Nuno Cunha. A contratação pública como instrumento de política econômica. Coimbra: Almedina, 2013. p. 80.

O que se pode inferir, conclusivamente, é que o fundamento valorativo desta regulação substantiva da mutabilidade no plano europeu foi, definitivamente, a preocupação nuclear com a tutela do “interesse público da concorrência”, ainda que isso tenha implicado em um maior grau de conformação dos parâmetros materiais da mutabilidade desses contratos<sup>659</sup>.

A efetiva colocação em prática dos parâmetros substantivos de mutabilidade nas concessões, em especial por ocasião da transposição das Diretivas para o direito interno de cada Estado Membro, poderá agregar novas e instigantes perspectivas ao tema, provocando o Tribunal de Justiça da União Europeia a se posicionar sobre os complexos desafios que estão por vir nessa matéria.

#### 5.4 A mutabilidade no Direito brasileiro e os limites materiais

Examinada a temática dos limites materiais da mutabilidade no plano do Direito Europeu, importa aprofundar como o Direito brasileiro vem disciplinando tais parâmetros, em especial, à luz da doutrina e da jurisprudência administrativa do Tribunal de Contas da União e da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

##### 5.4.1 A ausência de uma regulação normativa sistêmica sobre mutabilidade nos contratos de concessão

O Direito Brasileiro se ocupa da mutabilidade dos contratos de concessão em dispositivos legais esparsos, mas que não estão estruturados a partir de um eixo central que lhe confira cientificidade e coerência sistêmica.

---

<sup>659</sup> Como aduz Pedro Gonçalves: “Por fim, e apesar de se reconhecer que a asserção reclama outras explicações, revela-se especialmente adequado aludir a uma inclinação – que parece inevitável – dos sistemas jurídicos europeus que, se radicalizada, pode minar as bases do direito administrativo clássico: referimo-nos à tendência para conferir uma primazia à protecção da concorrência sobre a protecção do interesse público. A acontecer, é neste novo arranjo que terá de se compreender o recuo do poder de modificação unilateral, que, nessa medida, poderá constituir também um recuo na “prosecução do interesse público. (GONÇALVES, Pedro. Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato. Disponível em: [www.mlgtts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf](http://www.mlgtts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf). Acesso em: 15 nov. 2018). Na mesma linha, afirmam Pedro Matias Pereira e Carla Machado: “Assim, e tendo sobretudo em vista os contratos de longa duração ou complexos, as soluções das nova diretiva ficaram à mercê do tempo, da experiência e da crise, sendo certo que o nível de exigência que ela trazem – com reflexo na retração do poder de modificação – se sujeitarão (como soluções jurídico-científicas que são) à infirmação da realidade, nomeadamente no que diz respeito à pretensão de completude do contrato para regular necessidades futuras de modificação do contrato.” (PEREIRA, Pedro Matias; MACHADO, Carla. Modificação e resolução dos contratos públicos na (nova) diretiva europeia dos contratos públicos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n 10, p. 212, set/fev. 2017)

Constata-se que o legislador brasileiro não disciplinou a mutabilidade nos contratos de concessão com acuidade, dando pouca importância aos parâmetros, às causas e aos limites da modificabilidade dos contratos públicos duradouros. Como consequência, tem-se, não raro, o equívoco de importar a racionalidade própria de outros contratos administrativos que se encontra consolidada na Lei n.º 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos) para os contratos de concessão, o que vem sendo objeto de visões bastante críticas por parte da doutrina<sup>660</sup>.

Essa ausência de sistematização do tema da mutabilidade nos contratos de concessão não é positiva. Ao contrário do que ocorreu no Direito europeu, o Direito brasileiro ainda não percebeu a importância em disciplinar os parâmetros substantivos da mutabilidade nos contratos de concessão, os seus limites materiais e a sua necessária procedimentalização.

A razão pode estar na preocupação central que o Direito brasileiro revela com o instituto da licitação<sup>661</sup>, o que, na prática, resulta em uma menor atenção normativa para as questões envolvendo os contratos administrativos. Por arrastamento, a mutabilidade desses ajustes acaba sendo relegada a segundo plano quando se cogita mudanças legislativas no sistema de contratação pública brasileiro.

Não obstante, o Brasil não tenha avançado para uma regulação substantiva da mutabilidade, fato é que os limites materiais da modificação objetiva são idênticos, a saber, o princípio da concorrência, o princípio da intangibilidade do objeto e o próprio princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

---

<sup>660</sup> Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direitos dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 577 e ss. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 99 e ss. RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 66 e ss.

<sup>661</sup> Conforme já tive a oportunidade de aduzir: GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos. 5. ed. Malheiros: São Paulo, 2018. p. 470 - 471.

A doutrina<sup>662</sup> e a jurisprudência<sup>663</sup> pátrias têm, reiteradamente, destacado a importância dos referidos princípios no trato das questões afetas à mutabilidade dos contratos administrativos, circunstância essa que não afasta a necessidade de uma melhor sistematização do tema e de um tratamento legislativo adequado e apropriado, em especial, para os contratos de concessão de longa duração.

Sem essa sistematização normativa, maior será o espaço para que o próprio contrato de concessão dela se ocupe, seja nos aspectos materiais, seja nos aspectos procedimentais.

Além das questões já examinadas nos capítulos precedentes acerca da mutabilidade no Direito brasileiro, remanescem alguns aspectos que merecem uma análise mais detida, em especial à luz dos princípios materiais que a conformam, a saber, os princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto.

#### 5.4.2 A inexistência de limite de valor para a modificação dos contratos de concessão

Põe-se em causa examinar a incidência ou não dos limites previstos no artigo 65 da Lei n.º 8.666/93<sup>664</sup> aos contratos de concessão em sentido genérico, aqui cabendo uma

---

<sup>662</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99 - 129, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=37258>>. Acesso em: 13 dez. 2018; REIS, Luciano Elias. Os limites das alterações qualitativas nos contratos administrativos. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 109-132, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=37239>>. Acesso em: 13 dez. 2018. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O gestor do contrato e alterações das cláusulas contratuais. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 46, p. 6152-6157, out. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=31601>>. Acesso em: 13 dez. 2018; JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 543 e ss; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 374 e ss; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 206; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 341 e ss. DALLARI, Adilson Abreu. Limites à alterabilidade do contrato de obra pública. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica. Boletim de Licitações e Contratos. Outubro, 1996. p. 469. TÁCITO, Caio. Contrato Administrativo. Alteração Quantitativa e Qualitativa. Limites de Valor. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica. Boletim de Licitações e Contratos. Março, 1997. p. 116 - 117. FORTINI, Cristiana. Contratos Administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP. São Paulo: Atlas, 2009. p. 56.

<sup>663</sup> Conforme se observa da jurisprudência colacionada: STJ REsp 788531/SP. Relator: Ministro OG Fernandes. Data da Publicação: 14/11/2018; TCU. Processo n.º 00815119946. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva. Data do Julgamento: 06/09/1995; STF. ARE 1171023/PR. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 31/10/2018; STJ. Resp n.º 1.021.851. Relator: Benedito Gonçalves; STJ. AgRg no Ag em Resp n.º 481.094/RJ. Relator: Mauro Campbell Marques. Data do julgamento: 15/05/2014; STJ. Resp n.º 1.446.709/RJ. Relatora: Assusete Magalhães. Data do julgamento: 24/04/2018; TCU. Processo n.º 03009820173. Plenário. Relator: Bruno Dantas. Data do julgamento: 26/06/2018; TCU. Processo n.º 00453420115. Relator: Valmir Campelo. Data do julgamento: 08/06/2011; TCU. Processo n.º 00304320177. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Data do julgamento: 08/08/2018.

<sup>664</sup> 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

análise em separado do regime das concessões comuns e das concessões patrocinadas e administrativas (espécies de parcerias público-privadas), sendo sujeitos a regramentos distintos.

O tema é relevante em razão da lacuna normativa sobre a mutabilidade nos contratos de concessão duradouros. O ponto reside em precisar se os limites que incidem sobre o valor inicial atualizado do contrato são, igualmente, aplicáveis aos contratos de concessão. A resposta parece negativa.

No Direito brasileiro, o tratamento da matéria se encontra genericamente previsto no artigo 65 da Lei n.º 8.666/93, que admite que o valor inicial atualizado do contrato administrativo seja alterado unilateralmente até o limite de 25% e, no caso particular de reforma de edifício, até o limite de 50%. Essa é uma racionalidade própria dos contratos de empreitada, prestação de serviços e fornecimentos de bens, mas inteiramente distinta da realidade dos contratos de concessão comum regidos pela Lei n.º 8.987/95 e dos contratos de concessão patrocinada e administrativa regidos pela Lei n.º 11.074/04.

Quanto aos contratos qualificados como concessões comuns (regidos pela Lei n.º 8.987/95), teve-se a oportunidade de aduzir que os limites previstos na Lei n.º 8.666/93 são inaplicáveis<sup>665</sup>. A lógica dos contratos administrativos regidos por essa lei (obras, serviços, compras) é inteiramente distinta daquela dos contratos de concessão comum regidos pela Lei n.º 8.987/1995. Tanto é assim que o único dispositivo que trata da alteração unilateral nas concessões comuns, o §4º, do artigo 9º<sup>666</sup>, não se refere a qualquer limite sobre o valor do contrato, reconhecendo apenas o dever do contraente público em restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro concomitantemente à alteração, ponto esse que é aprofundado no Capítulo 4.

---

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% do valor inicial atualizado do contrato e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos.

<sup>665</sup> Conforme GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos. 5. ed. Malheiros: São Paulo, 2018. p. 400 - 401. No mesmo sentido, ver BARROSO, Luís Roberto. Concessão de Rodovias: alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras a pedido do poder público: possibilidades e limites. RDPE, Belo Horizonte, Ano 4, n. 15, p. 127, jul./set. 2006. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessão de Serviço Público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas – princípio da atualidade – reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 22, p. 123, 1998. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração unilateral do contrato administrativo: exegese dos dispositivos da Lei n.º 8.666/93. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91 - 92. n. 814.

<sup>666</sup> O artigo 9º, §4º, da Lei n.º 8.987/95 dispõe o seguinte: “§4º - Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”.

A regra da limitação de acréscimo de percentual deve ser observada nos contratos que importem no dispêndio de recursos públicos. Como os gastos públicos devem ser realizados em conformidade com as normas orçamentárias - inclusive para evitar o dispêndio de recursos sem prévia autorização legislativa, consoante previsto pela Constituição Federal - é natural que a lei geral de contratações tenha fixado uma limitação de acréscimo de valor contratual.

Isso não ocorre no caso das concessões comuns, que têm nos investimentos do cocontratante a principal forma de alavancagem financeira do negócio. É corriqueiro que, no curso do contrato, novos investimentos façam-se necessários para atender ao interesse público, mutável e dinâmico por natureza. Não faria sentido circunscrever novos investimentos a limites que foram impostos pelo legislador em abstrato para outra finalidade e para outros tipos contratuais, sobretudo quando a lei específica não disciplinou, propositadamente, sobre a matéria.

Para além desses argumentos, não se pode ignorar que os contratos de concessão são duradouros<sup>667</sup> e sujeitos a um grau de mutabilidade bem mais intenso do que os contratos administrativos regidos pela Lei n.º 8.666/1993, cujo prazo máximo se limita a 60 meses, não sendo o valor estimado o critério mais adequado e racional para impor condicionamentos à modificabilidade dos contratos de concessão. Faz sentido e guarda coerência lógica com outros tipos contratuais, como é o caso, por exemplo, da empreitada, mas não com os contratos de concessão duradouros.

Ademais, nas concessões comuns, não se tem como definir com exatidão e precisão o que seria o “valor inicial do contrato”, fixando uma base de cálculo sobre a qual incidiria o limite fixado pela Lei n.º 8.666/1993. A legislação brasileira não se ocupou em definir critérios ou parâmetros para definir o que seria o “valor inicial do contrato”. Portanto, o próprio cálculo dos 25% seria de difícil operacionalização diante das características dos contratos de concessão comum.

Por sua vez, a Lei n.º 11.079/04 - que regulou as concessões patrocinada e administrativa (categorizadas no gênero parceria público-privada) - nem sequer tratou do *ius variandi*, o que, evidentemente, não deve afastar a possibilidade da sua utilização pelo contraente público e eis que o seu fundamento é extroverso<sup>668</sup> e se lastreia na própria

---

<sup>667</sup> Antônio Carlos Cintra do Amaral argumenta que seria ingênuo sustentar a imutabilidade de contratos de concessão que perduram por longo tempo, devendo ser alterado sempre que funcionalizado ao atendimento do interesse público. AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Concessões de Serviço Público. Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Coimbra, n. 65, p. 4, jan. 2007.

<sup>668</sup> Nesse sentido, ver OTERO, Paulo. *Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas*. Disponível em:

prossecação do interesse público. Não é a ausência de uma autorização legislativa específica que interditará o exercício do *ius variandi* nos contratos de parceria público-privada, seja porque se trata de um poder público cuja origem surgiu exatamente das relações concessionais duradouras, seja em razão do evidente grau de interesse público que esses tipos contratuais tutelam.

Ainda que as concessões patrocinadas e administrativas impliquem no desembolso de recursos orçamentários para viabilização da própria delegação, o que, como regra, não ocorre nas concessões comuns, o raciocínio é idêntico e permite concluir que são inaplicáveis os limites de alteração unilateral do contrato como previstos no artigo 65, §1º, da Lei n.º 8.666/93.

São contratos de longa duração que, assim como ocorre nas concessões comuns, sujeitam-se a intenso grau de mutabilidade<sup>669</sup>, imprevisibilidade e natural incompletude, sendo inerente à sua natureza o desenvolvimento de tecnologia contratual com maior capacidade de absorção das mutações e futuras readequações à realidade, o que pode, por conseguinte, gerar a necessidade de novos arranjos e investimentos que não poderiam ficar adstritos a limites específicos de valor.

Essa linha de argumentação parece ter sido placitada em recente alteração legislativa. Por ocasião da edição da Lei n.º 13.448/2017 - que estabeleceu as regras para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário -, definiu-se, no artigo 22, que “as alterações dos contratos de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços não estão condicionadas aos limites fixados nos §§1º e 2º do artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993”<sup>670</sup>. (BRASIL, 2017)

---

<<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1996/ano-56-vol-iii-dez-1996/doutrina/>>. Acesso em: 22 nov. 2017. AROSO DE ALMEIDA, Mário. Contratos Administrativos e regime de sua modificação no novo Código de Contratos Públicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 825. v. 11. GONÇALVES, Pedro. O Contrato Administrativo: uma instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo. Coimbra: Almedina, 2003. p. 118. ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2008. p. 277. v. I. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (Interpretação de Dispositivos da Lei n.º 8.666/93). São Paulo: Malheiros, 2003. p. 132. MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 377.

<sup>669</sup> Como aduz Hélène Hoepffner as alterações supervenientes nas parcerias público-privadas devem ser encaradas como elementos ordinários da vida do contrato. HOEPFFNER, Hélène. La modification du contrat administratif. Paris: LGDJ, 2009. p. 350.

<sup>670</sup> É importante transcrever trecho do Parecer do Relator, Deputado Sérgio Souza, pela aprovação da Medida Provisória n.º 752/16, que foi posteriormente convertida na Lei n.º 13.448/17: “Note-se que estamos lidando com contratos de prazo bastante longo, contados por décadas. É evidente que o contexto econômico no qual tais contratos se inserem tende a mudar dramaticamente neste período e com ele as necessidades de ajustes nos contratos, notadamente, novos investimentos. Desta forma, é temerário qualquer entendimento pela aplicabilidade do disposto no § 1º do art. 65 da Lei de Licitações (Lei 8.666/93) aos contratos de parceria, limitando os acréscimos e supressões a 25% do contrato. Seria como obrigar o gestor



Reconheceu o legislador, no campo da incidência da referida lei, que a mutabilidade e a flexibilidade dos contratos de concessão não deve obedecer à mesma racionalidade dos contratos de obras, serviços e fornecimentos<sup>671</sup>, configurando, dessa forma, inegável avanço. Pelas razões expostas, essa lógica pode ser estendida a todo e qualquer contrato de concessão.

Neste aspecto, o Direito Brasileiro se afastou do modelo europeu que, como visto, recorre como referencial de modificabilidade das concessões à determinados limites de valor.

A constatação de que não há limites de valor incidentes sobre os contratos de concessão, não pode induzir a equivocada conclusão de que não há parâmetros conformadores da sua modificabilidade. Como referido, também no Brasil os princípios da intangibilidade do objeto e da concorrência impõem balizas que impedem que a mutabilidade se converta em “degeneração contratual”, com isso, subvertendo outros valores protegidos pelo ordenamento jurídico.

---

a um exercício irreal de futurologia, que projetará previsões perfeitas pelo longo prazo da concessão, com estreitíssima margem de ajustes. O órgão regulador certamente será obrigado a renegociações para além desses parâmetros em um prazo mais longo (para baixou ou para cima a depender da trajetória da economia), com o intuito de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A natureza do contrato de concessão de infraestrutura, com custos afundados expressivos de longo prazo é completamente distinta dos contratos administrativos mais frequentes, de compras e obras públicas de menor porte, e requer uma flexibilidade bem mais significativa. Sendo assim, definimos, no art. 22, que os contratos de parceria poderão ser alterados, mediante acordo celebrado entre Administração Pública e contratantes, quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa ou qualitativa do seu objeto”.

<sup>671</sup> Quanto ao referido dispositivo legal, Gabriela M. Engler anota: “Isso porque finalmente acolhe a inquestionável distinção entre os regimes jurídicos das obras/serviços e das concessões/parcerias público-privadas no tocante aos limites à mutabilidade contratual. Assimila que nem sempre faz sentido aplicar a todas as espécies contratuais a mesma regra; a própria ideia de usar o ‘valor de contrato atualizado’ como referência de limite à alteração contratual é algo sem sentido no universo das concessões, uma vez que esse valor pode ser determinado de diversas formas e não tem referência padrão (seria o valor do investimento a valor presente? Ou a preços constantes somados ano a ano? Ou o valor das receitas do concessionário? Ou ainda o valor da contraprestação pública?). Especificamente, o artigo 22 significa reconhecer que, nos contratos de parceria, a *incerteza* na execução do objeto contratual - decorrente sobretudo do extenso prazo contratual e das implicações que o decorrer do tempo têm sobre a execução do contrato - é latente. [...] E o problema da incerteza somente pode ser equacionado com *flexibilidade*. A regra dos §§1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 jamais foi apropriada para contratos de parceria, no sentido de conferir a necessária flexibilidade para adequação contratual no transcorrer do tempo. Nesse sentido, o afastamento dos limites à mutabilidade contratual sobre as concessões confere a necessária versatilidade ao gestor público para lidar com as incertezas inerentes aos contratos de parceria. Aliás, por tudo isso, é certo que a regra do artigo 22 deve ser aplicável a todos os contratos de parceria – federais, estaduais e municipais – e não apenas àqueles integrantes do PPI.” (ENGLER, Gabriela M. Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriela-miniussi-engler-pinto/a-revolucao-silenciosa-o-fim-dos-limites-a-mutabilidade-dos-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 22 nov. 2017).

### 5.4.3 O princípio da atualidade e a sua vinculação com a mutabilidade

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da atualidade - previsto expressamente no artigo 6º da Lei nº 8.987/95<sup>672</sup> - compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. Guarda vinculação direta com a temática da mutabilidade e da eficiência<sup>673</sup>.

Depreende-se da definição legal prevista no § 2º, do artigo 6º, da Lei nº 8.987/95 que a atualidade comporta dupla dimensão: a) resulta na conformação jurídica de um dever do cocontratante na incorporação das inovações e mutações tecnológicas no modo de executar o objeto, evitando que o contrato, por ser de longo prazo, contenha uma indevida e indesejada rigidez que o condene a técnicas que se poderão demonstrar ultrapassadas e ineficientes; b) resulta no dever jurídico do cocontratante em promover melhorias e a expansão do serviço.

A atualidade pode ser compreendida a partir dessa perspectiva dúplice em razão do fato de que a melhoria ou expansão do serviço não necessariamente precisa estar vinculada a novas e modernas técnicas. Noutros termos, pode-se cogitar a expansão do objeto sem que essa circunstância esteja atrelada a uma atualização ou incorporação de novas tecnologias.

No rigor do exame, os princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto se apresentam como limites materiais de contenção das futuras alterações contratuais da atualidade, seja no aspecto relativo ao dever de modernização das técnicas, seja no aspecto pertinente às melhorias e expansões do objeto. Por isso, a previsibilidade no

---

<sup>672</sup> Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

<sup>673</sup> Marçal Justen Filho esclarece o ponto: “Atualidade relaciona-se com outro ângulo do conceito de eficiência. Dentro de certos limites, um serviço pode ser eficiente ainda que não seja moderno. Haverá um certo ponto de ruptura entre ausência de modernidade e eficiência. As necessidades dos usuários podem ser atendidas satisfatoriamente por meio de serviços prestados segundo técnicas ultrapassadas pela revolução científica. Mas a manutenção das técnicas anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência. [...] A atualização do serviço envolve, também ela, uma relação custo-benefício e produz a necessidade de substituição de técnicas e equipamentos e de treinamentos de pessoal. Traz consigo um custo, inclusive econômico. Poderá conduzir, inclusive, à encampação do serviço concedido. Esses custos não serão arcados pelo concessionário, mas pela comunidade.” JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 307.

instrumento convocatório do princípio da atualidade, na sua dupla dimensão, é medida de fundamental importância para evitar questionamentos acerca da juridicidade das alterações, em especial, à luz do princípio da concorrência.

Na linha do que se expôs no Capítulo 2, a atualidade deverá ser densificada por ocasião da regulação do contrato de concessão. Em outros termos, caberá ao contrato de concessão disciplinar, em parâmetros objetivos e controláveis, a forma como as partes vão lidar com as circunstâncias evolutivas decorrentes dos avanços tecnológicos em cada setor e mesmo com as futuras melhorias e expansões.

Mas sendo o contrato de concessão naturalmente incompleto, não se pode supor que a atualidade poderá sempre ser objeto de previsões absolutas e certas à época da licitação. Assim, conjuga-se o dever do contraente público em promover a melhor regulação possível da atualidade no contrato de concessão - nos limites da racionalidade humana - sem descurar da compreensão de que será rigorosamente impossível tudo prever e diagnosticar *ex ante*.

No percurso que se pretende percorrer na sequência, tenciona-se demonstrar como essas questões se colocam na prática dos contratos de concessão brasileiros e como os limites materiais do princípio da concorrência e da intangibilidade do objeto se apresentam como parâmetros conformadores da mutabilidade que tenha como pressuposto a atualidade.

#### 5.4.3.1 A atualidade na vertente da incorporação de novas tecnologias

Em relação à atualidade na sua vertente de incorporação de novas técnicas ou tecnologias, é preciso que a estrutura do contrato de concessão seja flexível o suficiente para incorporá-las. Na regulação *ex ante* do contrato de concessão a atualidade deve ocupar espaço de centralidade, abrindo-se a oportunidade, por ocasião das audiências ou mesmo consultas públicas, para que os potenciais interessados apresentem as suas sugestões, aperfeiçoamentos e críticas acerca de como as partes lidarão com o risco de novas técnicas ou modos de execução do objeto surgirem no curso da execução do contrato.

A atualidade deve ser dimensionada a partir de parâmetros objetivos que possam conferir segurança jurídica para o manejo da mutabilidade. Cláusulas genéricas que apenas se refiram a um dever abstrato de incorporar a modernidade dos equipamentos e das técnicas da prestação do serviço pouco acrescentam para o desafio de alterar o

contrato, podendo, ao revés, ser uma brecha para que se opere uma degenerada mutabilidade do contrato, que podem, a depender da sua intensidade, macular os princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto.

Em regulações com esse grau de generalidade, não é improvável que, surgindo concretamente o dever de atualidade, brotem controvérsias envolvendo desequilíbrio econômico-financeiro ou mesmo questionamentos que tenham o princípio da concorrência no centro da discussão. A constatação de que o contrato de concessão é incompleto não autoriza, como afirmado no Capítulo 2, que a sua regulação *ex ante* seja improvisada, generalista e postergadora de definições sobre os aspectos substantivos e procedimentais da mutabilidade.

Um exemplo de boa prática de regulação de um contrato de concessão no que se refere às inovações decorrentes do desenvolvimento tecnológico é o contrato de concessão administrativa celebrado pelo estado da Bahia<sup>674</sup>.

O objeto do contrato é a gestão e operação de serviços de apoio ao diagnóstico por imagem em uma Central de Imagem e em 12 unidades hospitalares integrantes da rede própria do estado.

Estabelece o contrato de concessão administrativa que o contraente público realizará em uma só vez, a revisão dos parâmetros de atualidade dos bens da concessão, com a finalidade de incorporação de inovações tecnológicas supervenientes à celebração do contrato<sup>675</sup>, definindo, ainda, que essa revisão ordinária não ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão<sup>676</sup>. Mas quais seriam os critérios para definir os limites dessa atualização tecnológica? Quais os parâmetros que o parceiro privado poderia se valer para acompanhar a necessidade de incorporação de novas tecnologias?

---

<sup>674</sup> SEFAZ. Disponível em: <[http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto\\_diagnostico\\_por\\_imagem.htm](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_diagnostico_por_imagem.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>675</sup> Dispõe a cláusula 4.1.11 do contrato. “4.1.11 - O Poder Concedente realizará uma única vez, no primeiro dia útil do 6º (sexto) ano de vigência do Prazo da concessão, contado da data de assinatura, a revisão dos parâmetros de atualidade dos bens da concessão e das especificações técnicas mínimas dos equipamentos e sistemas, com a finalidade de incorporar as inovações tecnológicas supervenientes à celebração do contrato, que possibilitem o melhor atendimento aos clientes, o incremento da preservação do meio ambiente ou a redução dos custos dos na execução dos serviços.”. SEFAZ. Disponível em: <[http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto\\_diagnostico\\_por\\_imagem.htm](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_diagnostico_por_imagem.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>676</sup> Dispõe o item ii, da cláusula 4.1.11, do contrato: “(ii). Por se tratar de condição contratual estabelecida de comum acordo entre as partes, a revisão ordinária de que trata a subcláusula 4.1.11 não ensejará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão”. SEFAZ. Disponível em: <[http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto\\_diagnostico\\_por\\_imagem.htm](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_diagnostico_por_imagem.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

O próprio contrato delimitou os critérios para que as partes se orientem a propósito dos parâmetros de atualização tecnológica. Nesse sentido, estabeleceu-se que, em relação aos equipamentos de imagem, o contraente público observará os últimos investimentos realizados em hospitais da rede pública da região Nordeste e, a partir desses parâmetros, estabelecerá as especificações técnicas dos equipamentos que deverão ser atualizados pelo parceiro privado, fixando, inclusive, um quantitativo mínimo a depender do tipo de equipamento<sup>677</sup>.

Em uma formulação mais sintética: definiu-se, objetivamente, o prazo no qual a atualização dos equipamentos ocorreria (sexto ano de vigência do contrato), as suas consequências (não ensejaria recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato) e os critérios para atualização (a evolução dos equipamentos na rede pública de hospitais da própria região).

O próprio contrato estabeleceu os critérios para a integração da lacuna ou inacabamento. Reconhecendo que o contrato de concessão é naturalmente incompleto - como se pretendeu demonstrar no Capítulo 2 - o que a regulação por contrato promoveu foi uma gestão *ex post* dos riscos, delimitando parâmetros e critérios objetivos para o preenchimento da lacuna contratual decorrente da necessária incorporação de novas tecnologias na gestão dos equipamentos, conferindo previsibilidade e segurança jurídica à relação contratual.

Na hipótese em exame, a regulação adequada do contrato de concessão não atrai dúvidas acerca do princípio do equilíbrio econômico-financeiro (houve previsão específica no contrato), do princípio da concorrência (já que todos os operadores econômicos não ignoravam, à época da licitação, como se operaria a modernização dos equipamentos) e nem do princípio da intangibilidade do objeto (não houve transfiguração do objeto inicialmente licitado).

Enfim, a atualidade é um bom exemplo de como a regulação contratual pode lidar eficientemente com lacunas e incompletudes, prevendo no contrato critérios e parâmetros conformadores da atuação das partes.

---

<sup>677</sup> Dispõe o item iv da cláusula 4.1.11 do contrato: “(iv) Em se tratando dos equipamentos de imagem, para fins de definição dos novos parâmetros de atualização tecnológica a que se refere à subcláusula 4.1.11, o Poder Concedente observará os últimos investimentos realizados em hospitais da rede pública da Região Nordeste e, a partir de então, estabelecerá as especificações técnicas mínimas desses equipamentos, considerando: (i) a adoção de especificações técnicas similares em pelo menos 5 (cinco) hospitais da rede pública de um único Estado da Região Nordeste, para o caso de tomógrafos e ressonâncias; e (ii) a adoção de especificações técnicas similares em pelo menos 10 (dez) hospitais da rede pública de um único estado da Região Nordeste, para o caso dos demais equipamentos de imagem abrangidos pelo contrato.”. SEFAZ. Disponível em: <[http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto\\_diagnostico\\_por\\_imagem.htm](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_diagnostico_por_imagem.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

Nem sempre, contudo, será possível o edital prever ou regular *ex ante* todas as situações que venham a provocar rupturas nos modos e técnicas de executar o contrato, não se sabendo, de antemão, a tecnologia que irá surgir e, muito menos, o impacto que poderá produzir na realidade econômico-financeira do contrato de concessão.

Mas nos limites possíveis, a regulação do contrato de concessão pode prever, por exemplo, que o risco tecnológico deverá ser absorvido pelo cocontratante. Essa delimitação de riscos *ex ante* pode solucionar, a princípio, questões afetas ao equilíbrio econômico-financeiro, lembrando que cada parte deve se responsabilizar pelos eventos e riscos contratualmente assumidos, salvo em situações extremas, como a examinada no item 3.3.2.

Em segmentos econômicos nos quais as inovações tecnológicas não são tão comuns poder-se-ia cogitar de uma solução *ex ante*. Um contrato de concessão que tenha por objeto a exploração de uma rodovia é um bom exemplo, considerando que não é o tipo de objeto que sofra, a princípio, impactos tão intensos e agudos com o advento de novas tecnologias.

O mesmo não ocorre, por exemplo, com objetos que tenham no seu núcleo essencial serviços na área de tecnologia de informação, tratando-se de setor sujeito a uma intensa e veloz mudança tecnológica. Quando se tem objeto com essas características e suscetível a uma aguda mutabilidade tecnológica, a alternativa de não realizar uma parceria com o setor privado deve ser cogitada<sup>678</sup>.

Não raro, inovações tecnológicas disruptivas são aptas a modificar o próprio modelo de negócios, desafiando o regulador a lidar com o complexo paradoxo de preservar a segurança jurídica sem se descuidar da incorporação de novos modos e formas de executar o serviço<sup>679</sup>. Em setores intensamente sujeitos a inovações tecnológicas, a regulação da atualidade se põe, inegavelmente, como um dos maiores desafios na atual quadra. Não se tem, evidentemente, a pretensão de dar uma resposta nos limites desse estudo para uma questão tão complexa e que comporta variação a depender da natureza e do impacto da própria inovação disruptiva.

---

<sup>678</sup> Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado esclarecem que a Partnerships UK, órgão equivalente à Unidade PPP no Brasil, entende que não vale se socorrer de parcerias público-privada no setor de tecnologia de informação pelas dificuldades que decorrem do processo de atualização dos serviços e da própria manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Furtado. Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada. Fundamentos Econômicos-Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 134.

<sup>679</sup> Para aprofundamento do tema ver a obra coletiva de FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). Regulação e Novas Tecnologias. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Na perspectiva de compatibilização da atualidade com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, outra opção é redimensionar, no momento da revisão tarifária (na forma examinada no item 4.3.3.2), como os novos investimentos que tenham por pressuposto a atualidade serão incorporados na dinâmica do contrato de concessão, reclamando uma releitura do equilíbrio em razão de circunstâncias não previstas e das vicissitudes inerentes aos contratos duradouros.

A própria concretização da atualidade impõe uma ponderação entre os benefícios que incrementarão a prestação do serviço e os custos que serão arcados pela sociedade ou pelos usuários, já que, inegavelmente, existirá uma boa probabilidade de que os custos sejam exponencialmente aumentados.

Assim, não se pode afastar também a solução de uma gestão de riscos *ex post*, que reconheça a atualidade não prevista inicialmente no edital como uma lacuna a ser preenchida em razão da incompletude do contrato de concessão.

A atualidade não prevista no edital no momento da realização da licitação reclamará, também, uma compatibilização com o princípio da concorrência. Será necessário demonstrar que a incorporação de novas tecnologias atende ao interesse público expressado na relação contratual e que essa alteração guarda direta relação com o objeto licitado, não resultando em qualquer transfiguração.

Essa diretriz foi reforçada com o advento da Lei nº 13.448/17<sup>680</sup> - que tratou da relicitação e da prorrogação dos contratos em determinados setores - quando estabeleceu que poderão ser incorporadas novas tecnologias nos contratos prorrogados.

Como dito, nem sempre será possível prever, *ex ante*, como a atualidade será operacionalizada. Essa é uma lacuna própria da incompletude do contrato de concessão e que será melhor equacionada durante a execução do contrato, alcançando os melhores resultados na medida em que as partes pautarem seus comportamentos pelas premissas relacionais examinadas no Capítulo 2.

Não se descarta que, em situações extremas, o impacto da nova tecnologia seja de tal ordem que justifique a extinção da relação contratual existente e a concomitante realização da nova licitação. Entretanto, o ônus argumentativo maior será para demonstrar a vantagem dessa solução, a partir do vetor da proporcionalidade no qual se comprove

---

<sup>680</sup> Confira-se o teor do disposto no artigo 3º da Lei nº 13.448/17: “Art. 3º O Ministério ou a Agência Reguladora, na condição de órgão ou de entidade competente, adotará no contrato prorrogado ou relicitado as melhores práticas regulatórias, incorporando novas tecnologias e serviços e, conforme o caso, novos investimentos.”

que essa é a melhor alternativa para o atendimento do interesse público, após ponderados todos os interesses em jogo.

Inovações disruptivas que modifiquem inteiramente o modelo de negócios podem ser exemplos excepcionais que levariam à prevalência do princípio da concorrência sobre a manutenção dos contratos. É evidente, contudo, que somente a partir do substrato fático que venha a se apresentar é que se poderá delinear se a alteração contratual decorrente da atualidade é legítima ou se justificaria a realização de novo procedimento licitatório, considerando a possibilidade do objeto se desenhar com feições absolutamente distintas daquelas que foram originalmente licitadas.

Fora hipóteses extremadas, a atualidade - ainda que não prevista no edital - é própria dos contratos de concessão e inerente à sua mutabilidade. É natural que a incorporação de novas tecnologias seja um dos desafios em contratos duradouros. A princípio, não há nada de excepcional em compatibilizar a atualidade com os princípios da concorrência, da intangibilidade do objeto e do equilíbrio econômico-financeiro. Essa é uma racionalidade própria dos contratos de concessão duradouros, incompletos e relacionais por vocação.

A concretização da atualidade é um desafio comum às partes contratuais na ressignificação do contrato, a demonstrar, como se vem sustentando ao longo deste estudo, o seu caráter dinâmico e evolutivo, que se encontra em constante e permanente estado de mutação.

#### 5.4.3.2 A atualidade na vertente da melhoria e expansão do objeto

O conceito legal de atualidade pressupõe, também, a vertente da melhoria e da expansão do objeto, o que, evidentemente, guarda direta relação com a mutabilidade. Além disso, o artigo 23, inciso V, da Lei nº 8.987/95<sup>681</sup> qualifica como cláusula essencial do contrato “a futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações”.

A previsibilidade das melhorias e da expansão do objeto no edital deve servir como norte para a regulação do contrato de concessão, não sendo mera faculdade, mas

---

<sup>681</sup> O artigo 23, inciso V, da Lei nº 8.987/95 dispõe o seguinte: “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;”



uma determinação legal. Estando as futuras melhorias ou expansões do objeto previstas como cláusula essencial do contrato, logo no momento da licitação, afasta-se a cogitação de incidência dos limites materiais do princípio da concorrência e da intangibilidade do objeto.

Isso porque todos os potenciais operadores econômicos já estão cientes de que o objeto poderá ser expandido e apresentam as suas propostas econômicas considerando essa realidade. Os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, não poderão ser invocados por terceiros, porquanto o objeto já contemplava essa possibilidade.

Um bom exemplo foi referenciado no item 2.2.3 quando se examinou a temática da regulação de resultados e o seu impacto na mutabilidade. O chamado “gatilho de investimentos” - utilizado nas concessões aeroportuárias e rodoviárias - consiste na previsão de expansão do objeto vinculada ao aumento de usuários.

É o caso, por exemplo, do edital prever a obrigatoriedade do cocontratante construir mais um terminal aeroportuário ou duplicar uma determinada rodovia a depender do incremento da demanda. O ponto a ser objeto de reflexão consiste na precificação do valor, a saber, se deverá ser exigida no momento da licitação ou no momento da efetiva expansão do objeto.

A princípio, parece mais razoável cogitar da realização da estimativa de custos no momento da efetiva necessidade da expansão do objeto. Isso porque a precificação se aperfeiçoará a partir dos dados da realidade, o que não ocorreria se os potenciais operadores econômicos fossem obrigados a estimar custos, na licitação, para uma obra incerta e cujo início da execução dependesse de uma condição futura e imprevisível quanto ao momento da sua ocorrência. Os custos estimados à época da licitação seriam inteiramente distintos dos custos incorridos à época da efetiva expansão do objeto.

Também para os usuários, parece mais lógico e razoável pagar pelo investimento necessário para expandir o objeto apenas quando ele for efetivamente concretizado. Caso contrário, estariam os usuários financiando, à partida, uma expansão do qual não se beneficiaram diretamente, aumentando os custos iniciais para a própria execução do contrato de concessão.

De todo modo, é oportuno destacar que a previsão das expansões no instrumento convocatório não pode ser uma espécie de “cheque em branco” para futuras alterações contratuais sem limites. Faz-se necessário algum grau de individualização ou mesmo

delimitação do que se pretende expandir, sob pena de se criar uma brecha ilegal para uma degenerada mutabilidade.

Um problema de maior complexidade se refere às expansões do objeto não previstas no edital, mas que se apresentem como necessárias durante a execução do contrato de concessão. Nessa hipótese, os princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto se colocam como limites materiais que, necessariamente, deverão ser objeto de reflexão a partir do substrato fático que venha a se desenhar.

A autonomia da expansão do objeto parece ser o aspecto central a ser investigado. Dito em outros termos, em que medida essa expansão pode ser explorada economicamente de forma autônoma por um outro potencial operador econômico, ou, de outro lado, se a expansão está indissociavelmente vinculada ao objeto do contrato.

Note-se que esse parâmetro foi expressamente previsto no artigo 43, n° 1, b, i) e ii) da Diretiva 2014/23/EU, quando se referiu aos aspectos técnicos, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes adquiridas ao abrigo da concessão inicial.

Um exemplo permite compreender a questão. A adição de uma nova linha em serviço metroviário concedido ou o acréscimo de ramal em serviço ferroviário pode ser economicamente viável apenas se aderente ao plexo do objeto tal qual concebido no contrato de concessão. Ainda que economicamente viável, pode ser que ao ângulo técnico seja inviável cogitar da sua exploração autônoma por outro operador econômico em razão da sua natural integração com o objeto do contrato de concessão.

De outro lado, pode ser que essas novas linhas comportem exploração econômica autônoma e do ponto de vista concorrencial, sendo interessante criar condições de competição no mercado entre os distintos operadores.

Faz-se importante mencionar que a expansão do objeto não se confunde com eventuais obras ou novos investimentos não previstos no edital, mas que decorram de situações urgentes e emergenciais. Situações como essas não atraem, *a priori*, a incidência do limite material do princípio da concorrência, se apresentando como pressuposto fundamental para o atendimento do interesse público.

Imagine, por exemplo, uma concessão de rodovias na qual a ponte que liga dois Municípios desaba em razão de fortes tempestades ou deslizamentos de morros. A alteração do contrato de concessão se imporá como consectário lógico para bem atender ao interesse público, não podendo ser enquadrada como expansão do objeto e nem mesmo ser exigida algum tipo de previsão no edital.

Outro problema complexo - a exigir maior atenção no controle das alterações que tenham por objeto eventuais expansões do escopo do contrato de concessão - são os novos investimentos aportados próximos ao prazo final do ajuste.

A consequência será, inevitavelmente, a extensão do prazo para amortização dos novos investimentos, o que pode evidenciar, a depender do substrato fático que se apresente, violação ao princípio da concorrência, perpetuando o cocontratante na execução do objeto.

A alteração contratual que tenha por fundamento novos investimentos próximos ao final do contrato demandará, obrigatoriamente, maior ônus argumentativo para motivar e justificar a necessidade e a vantajosidade da modificação, notadamente em razão do princípio da concorrência.

Por isso que, como referido no item 4.4.1, o artigo 6º da Lei nº 13.448/17, ao definir que a prorrogação antecipada consiste na inclusão de novos investimentos não previstos no contrato, fixou requisitos limitadores do exercício da ação discricionária do gestor para a extensão do prazo desses ajustes.

#### 5.4.4 Os parâmetros da Decisão 215/99 do Tribunal de Contas da União para aferição dos limites materiais da mutabilidade nos contratos de concessão

O Tribunal de Contas da União, na conhecida Decisão nº 215/99<sup>682</sup>, estabeleceu limites para a alteração qualitativa dos contratos administrativos. A discussão ali se

---

<sup>682</sup> “Decisão 215/1999: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos: a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei; b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionálíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra

voltava para a incidência ou não dos limites previstos no artigo 65, §1º da Lei nº 8.666/93 nas alterações qualitativas do objeto.

Não obstante essa decisão tenha sido proferida no contexto de contratos de empreitada de obras públicas, ao fim e ao cabo o que a Corte de Contas pretendeu foi contribuir com critérios dotados de objetividade para solucionar o conflito entre a decisão de manter o contrato após a alteração qualitativa e a necessidade de realizar novo procedimento licitatório. Admitiu-se, assim, que o contrato administrativo pode superar os limites quantitativos previstos na legislação, desde que satisfeitos cumulativamente alguns pressupostos.

O que se propõe é que esses parâmetros podem ser úteis e servir de norte para os gestores brasileiros na decisão de alterar o contrato de concessão, haja vista a ausência de uma normatização acerca do regime substantivo da mutabilidade nesses contratos.

A rigor, esses parâmetros cogitados pelo Tribunal de Contas da União podem ser referenciados em todas as situações nas quais a decisão entre alterar o contrato ou realizar nova licitação se apresente com maior evidência ou complexidade. Portanto, com algum senso de adaptação para os contratos de concessão, tais parâmetros podem ser úteis na orientação da decisão administrativa.

Seis são os parâmetros balizadores da interpretação fixada pelo Tribunal de Contas da União e que autorizariam a alteração do contrato sem a necessidade de realizar nova licitação.

O primeiro parâmetro implica em “não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório” (TCU, 1999).

A preocupação aqui é com os custos, seja da rescisão, seja da própria realização de nova licitação. Não havendo culpa do cocontratante, a extinção do contrato deverá resultar de uma decisão amparada no interesse público, mas que implicará em necessária indenização ao particular<sup>683</sup>.

---

ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência” (TCU – Decisão nº 215/99. Plenário. Relator: Adhemar Paladini Ghisi. Data do Julgamento: 12/05/1999).

<sup>683</sup> Tomando como referência as concessões de serviço público, a hipótese seria de encampação, com a necessidade de lei autorizativa específica e com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, conforme determina o artigo 37 da Lei nº 8.987/95: “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.” O artigo 36 estabelece o critério de indenização: “Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos

O aspecto econômico é, portanto, bastante relevante e não pode ser desprezado no momento de eventual decisão administrativa que opte pela rescisão e nova realização de licitação. Aliás, como visto, o artigo 43, n° 1, b, i) e ii) da Diretiva 2014/23/EU, se destaca a atenção com os custos e com as razões econômicas na modificação das concessões.

O segundo parâmetro implica em “não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeiro do contratado” (TCU, 1999). Por exemplo, o advento de novas tecnologias em determinados mercados pode não estar ao alcance técnico e econômico do cocontratante - que se propôs a executar projeto diverso à época da licitação - o que acaba por impor limites para eventual pretensão de alteração unilateral do contrato de concessão que tenha por fundamento o princípio da atualidade.

Nesse aspecto, se a nova tecnologia for determinante para uma melhora substancial na prestação do serviço, a ausência de capacidade técnica e econômica do cocontratante pode pender a favor do princípio da concorrência, resultando, conseqüentemente, na realização de nova licitação.

O terceiro parâmetro tem como pressuposto “decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial” (TCU, 1999). Aproxima-se essa exigência do referido no artigo 43, n° 1, c, i) da Diretiva 2014/23/EU, que, igualmente, cogita como relevante demonstrar que a modificação decorre de circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não podia prever.

Trata-se da limitação cognitiva e da racionalidade limitada do ser humano, que não tem, evidentemente, como tudo prever e regular *ex ante*, sendo esse um dos aspectos reiteradamente destacados ao longo desta tese.

O quarto parâmetro envolve “não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diverso”. É a consagração do princípio da intangibilidade do objeto, já examinada anteriormente e que se coloca como um limite material também para os contratos de concessão.

A alteração do objeto do contrato não pode ser tão profunda a ponto de transfigurar a sua feição original, impondo limites na operacionalização da mutabilidade que deve sempre guardar uma identidade material entre o objeto licitado e o objeto executado.

O quinto parâmetro é que a alteração deve “ser necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação

---

vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.”

dos benefícios sociais e econômicos decorrentes” (TCU, 1999). Cuida-se aqui de avaliar como a alteração se vincula ao efetivo atendimento do interesse público e como impactará na esfera de interesses da sociedade e dos usuários.

Trata-se de um pressuposto de fundamental importância e que deve, em toda modificação do contrato de concessão, ser objeto de detalhada motivação, com a explicitação dos benefícios e vantagens que serão auferidos com a alteração.

O sexto parâmetro implica em

demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência. (TCU, 1999).

Essa motivação não deve omitir de confrontar a alternativa de como o interesse público seria atendido se fosse realizada uma nova licitação. Não se supõe que essa avaliação conseguirá ser sempre objetiva e cartesiana, dada a valoração com algum grau de discricionariedade que permeia uma decisão administrativa dessa natureza. De outro lado, uma decisão que resulte na modificação do contrato não pode ser fundada em motivações genéricas, vagas, subjetivas e voluntaristas, sob pena de deslegitimar a própria alteração e gerar maior insegurança jurídica perante os órgãos de controle.

Estando em questão o princípio da concorrência, a legitimidade da alteração depende da comprovação que o interesse público será melhor atendido com a manutenção do contrato, ainda que modificado. Exige-se um ônus argumentativo do gestor para demonstrar ser a modificação do contrato de concessão uma alternativa mais consentânea com o atendimento do interesse público do que a realização de nova licitação.

Faz-se importante aduzir que, em alguns setores, têm ocorrido um verdadeiro embate entre o prolongamento do contrato e a realização de nova licitação, com ações específicas, inclusive placitadas pelo Poder Legislativo, voltadas ao afastamento da concorrência de determinados segmentos<sup>684</sup>, o que se afigura claramente prejudicial ao

---

<sup>684</sup> Como adverte Carlos Ari Sundfeld: “Todavia, se esse caminho se mostra eficiente para fazer valer o princípio da concorrência quando de privatizações e da outorga de novos empreendimentos, simplesmente parece não funcionar quando o que está em pauta é a substituição de empresas privadas prestadoras, ao final de seus prazos de outorga. O dado da realidade é que as prestadoras, que têm o óbvio interesse de manter seus negócios para além dos prazos originais, em geral conseguem adiar ou impedir a abertura de processos competitivos para sua substituição. Para tanto elas têm contado com o apoio dos Legislativos, ativos na edição de leis para prorrogar outorgas, e também dos Executivos, passivos na adoção de providências efetivas para viabilizar licitações. Isso aconteceu várias vezes, por exemplo no caso de empresas franqueadas do Correio. Aconteceu também pela alteração da Lei Geral de Concessão em 2007, alteração cujo objetivo não declarado foi proteger empresas de transporte coletivo de passageiros por

interesse público, eis que visam perpetuar determinadas relações contratuais, obstruindo novos entrantes e novos modos de atender ao interesse público, o que, como se viu, apenas se obtém pela via concorrencial.

Enfim, esses parâmetros fixados pelo Tribunal de Contas da União não são, a *priori*, vinculantes para os contratos de concessão, já que foram concebidos para solucionar a possibilidade de alteração qualitativa do objeto que supere os limites legais de alteração quantitativa. Entretanto, afastadas as eventuais peculiaridades, o que se sustenta é que esses parâmetros podem ser utilizados também para os contratos de concessão, auxiliando o processo decisório entre alterar o contrato ou realizar nova licitação.

Diante da ausência de uma regulação substantiva da mutabilidade no Brasil, a Decisão nº 215/99 do Tribunal de Contas da União se apresenta como um importante referencial acerca dos limites materiais da mutabilidade, principalmente em razão de se ocupar dos princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto, não se vislumbrando óbice a que os seus parâmetros sejam estendidos para os contratos de concessão.

#### 5.4.5 O controle procedimental dos limites materiais da mutabilidade

A procedimentalização da mutabilidade tem sido, reiteradamente, destacada ao longo desta tese como um dos eixos centrais que embasam a sistematização do tema.

---

ônibus, setor em que a precariedade das outorgas tem sido um problema crônico. Essa situação vem sendo muitas vezes acatada, mas sem grande efeito prático, por órgãos de controle como o TCU e o Ministério Público, com ações judiciais para forçar a abertura de licitações (ações em que é mais fácil conseguir decisões favoráveis do que executá-las) ou para obter a declaração de inconstitucionalidade das leis prorrogadoras (ações que o STF vem evitando julgar, consciente do risco de falar sozinho). O debate jurídico não é simples, pois a Constituição admite em tese as prorrogações de concessões (art. 175, parágrafo único, I). Ademais, não é fácil aos órgãos de controle colocar um fim efetivo às outorgas, pois não tendo como se substituir à Administração ativa, eles não podem abrir licitações no lugar de administradores pouco animados a fazê-lo. É certo que para os muitos contratos de concessão celebrados nos últimos anos no Brasil após o início das privatizações e da reforma dos serviços públicos, contratos cujos prazos originais estão em curso, ainda, não chegou o momento de testar a eficácia da ideia de que a licitação seria capaz de renovar a disputa pelas novas outorgas, garantindo, assim, o princípio da concorrência. Mas não parece provável que, em relação a esses casos, a experiência venha a ser muito diversa. Prorrogações por lei já vêm sendo feitas, com destaque para as relativas ao setor elétrico. Ademais, muitos dos contratos em vigor, especialmente no setor rodoviário, já foram alterados para reequilibrar a equação econômico-financeira, com ampliação dos prazos originais das outorgas. Em um balanço realista, é preciso reconhecer como limitada a capacidade de os processos de licitação assegurarem a ampla penetração do princípio da concorrência no mercado de serviços públicos. O Direito, com seu aparato de normas e instituições, não tem se mostrado decisivo para fazer a balança pender totalmente para o lado da concorrência. Isso talvez esteja a sugerir a necessidade de políticas mais profundas.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência*. In: SUNDFELD, Carlo Ari (Coord). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 33 - 34.

Saber como vai mudar pode ser mais importante do que saber o que vai mudar, dada a absoluta imprevisibilidade no estabelecimento de prognósticos a prazos tão alongados.

A regulação do contrato de concessão deve se ocupar dos aspectos procedimentais que confirmem segurança no *modus operandi* da mutabilidade. Entretanto, um ponto de atenção acerca dessa temática envolve os limites do controle dos parâmetros materiais de tais alterações, notadamente os princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto.

Explica-se melhor. Não raro, essas alterações se aperfeiçoam no seio das relações bilaterais que se formam entre contraente público e cococontratante. Significa dizer, na prática, que a conformação da alteração se opera a partir das visões e dos interesses das partes contratuais, o que pode enviesar o modo de compreender a mutabilidade, seja pela ausência de perspectivas e pontos de observação diferentes daqueles externados pelas partes, seja pela maior complexidade na eventual e posterior desconstituição de uma alteração consumada, concretizada e em plena execução.

Como examinado no Capítulo 2, uma das características contemporâneas dos contratos de concessão é a maior abertura dialógica na própria concepção do empreendimento. Essa relação mais aberta, menos fechada e hermética é altamente salutar para conferir efetividade e legitimidade a esses contratos de concessão. Entretanto, essa nova tonalidade do Direito Administrativo Contemporâneo se identifica com maior nitidez na fase de modelagem do negócio.

A etapa da governação do contrato e da própria governação da mutabilidade acaba se circunscrevendo, não raro, às partes contratantes, o que não condiz com a multilateralidade desses ajustes.

Conforme referido no Capítulo 2, a depender da magnitude da alteração do contrato de concessão, é razoável cogitar uma prévia publicidade dos estudos e das justificativas que serviram de pressuposto para a decisão de modificação, o que incrementa a legitimidade, a transparência e a efetividade da mutabilidade, reconhecendo que esses contratos estruturantes de públicos interesses não podem ficar circunscritos apenas às partes contratantes, existindo relevantes interesses públicos e privados que dele extravasam.

O controle do princípio da concorrência e da própria intangibilidade do objeto pode encontrar na divulgação prévia dos atos, estudos e processos que embasem a pretendida alteração, o mecanismo mais efetivo de expansão dos distintos argumentos e diferentes perspectivas colocados por terceiros ou mesmo sociedade/usuários, permitindo



que a eventual decisão de alteração do contrato amadureça na medida em que a ponderação estenda o seu campo de ação para além da visão das partes contratantes.

Um bom exemplo do que ora se afirma foi a Lei nº 13.448/17 - que tratou das relitações e das prorrogações - e que estabeleceu no seu artigo 10 que as prorrogações deverão ser submetidas previamente a consulta pública pelo órgão ou pela entidade competente, em conjunto com o estudo técnico referido no art. 8º e que prevê como requisitos obrigatórios: a) o programa dos novos investimentos, quando previstos; b) as estimativas dos custos e das despesas operacionais; c) as estimativas de demanda; d) a modelagem econômico-financeira; e) as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos; f) as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes; g) os valores devidos ao poder público pela prorrogação, quando for o caso.

Dispõe o parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 13.448/17 que a consulta pública será divulgada na imprensa oficial e na internet e deverá conter a identificação do objeto, a motivação para a prorrogação e as condições propostas, entre outras informações relevantes, fixando-se o prazo mínimo de 45 dias para recebimento de sugestões.

Ao ângulo da proteção dos princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto, não há qualquer dúvida de que o procedimento instituído viabilizará uma maior amplitude para controlar e contrastar as opções entre alterar o contrato e realizar nova licitação. Afinal, terceiros interessados poderão aduzir as suas razões, apresentar visões distintas e aprimorar a operacionalização da mutabilidade, conferindo-se maior efetividade e legitimidade na alteração.

Claro que esse processo tem que ser conduzido com razoável celeridade, a fim de que a alteração contratual - necessária para o atendimento do interesse público - não fique paralisada em razão de um eventual excesso de informação ou mesmo de posturas meramente protelatórias de potenciais terceiros interessados em obstaculizar a mutabilidade por razões egoístas.

#### 5.4.6 A alteração subjetiva e seus limites

Assim como ocorre na Europa, o Brasil também se preocupa com as alterações subjetivas que possam se suceder durante a execução do contrato de concessão.

As alterações subjetivas são aquelas que atingem a pessoa do cocontratante. O tema é especialmente sensível quando se trata de contratos de concessão que, pela sua

magnitude e importância, são precedidos obrigatoriamente de licitação e envolvem uma carga expressiva de interesse público.

Essa atenção especial se justifica pelo zelo que deve nortear a postura do contraente público na preservação da eficiência na gestão do objeto, que, evidentemente, pode ser prejudicada diante da mudança de executor do ajuste. Também se explica pela tutela do princípio da concorrência, evitando que alterações subjetivas coloquem em risco a lisura da licitação outrora realizada.

Com as devidas precauções e cautelas protetivas do interesse público, adiante examinadas, essas alterações subjetivas podem ser concretizadas sem que sejam vilipendiados os princípios da eficiência e da concorrência.

#### 5.4.6.1 A transferência do contrato de concessão e a transferência do controle acionário

Não é livre ao concessionário, a despeito de exercitar uma atividade com nítido caráter empresarial, ceder o contrato para terceiros ou sujeitar-se a uma mudança no controle acionário sem o atendimento de determinados requisitos legais, em especial a aquiescência do Poder Concedente. Afinal, trata-se de contrato regido por normas de direito público, que limitam e conformam a autonomia da vontade das partes.

No Brasil, as questões afetas às alterações subjetivas se encontram previstas no art. 27 da Lei n.º 8.987/95<sup>685</sup>, com as alterações decorrentes da Lei n.º 11.196/05, sendo indispensável a anuência prévia do Poder Concedente, sob pena de caducidade do contrato.

Faz-se relevante destacar a diferenciação entre transferência da concessão e transferência do controle acionário do concessionário.

Na transferência da concessão se modifica a pessoa do concessionário. O contratado cede a sua posição no ajuste a um terceiro. O objeto e as demais condições do contrato continuam inalterados. O que ocorre é um acordo de vontades entre o concessionário e um terceiro para que esse assumo o contrato com o Poder Concedente.

Na transferência de controle acionário, a sociedade empresária é a mesma, operando-se apenas a mudança do seu controle acionário. A pessoa do sócio não se

---

<sup>685</sup> “Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. § 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.” Importante aduzir que essa regra é aplicável às concessões patrocinadas e às concessões administrativas, a teor do disposto nos artigos 3º e § 1º da Lei nº 11.079/04.

confunde com a pessoa da sociedade<sup>686</sup>. A relação entre o Poder Concedente e a cocontratante permanece inalterada; o que se modifica é o controle. O acionista controlador é quem, por meio dos órgãos de administração, dita os rumos da companhia, conferindo-lhe substância ética e estratégica<sup>687</sup>.

Pela legislação brasileira, seja no caso da transferência da concessão, seja no caso da transferência do controle acionário, a anuência prévia do Poder Concedente se apresenta como requisito indispensável, devendo o pretendente demonstrar que: a) atende às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; b) se compromete a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

O primeiro requisito é, de fato, indispensável. A tutela do interesse público está diretamente relacionada à verificação se o concessionário apresenta condições de habilitação capazes de executar o objeto e que não haverá risco de descontinuidade na execução do objeto ou mesmo uma indesejável redução da eficiência.

Põe-se em questão saber se as condições de habilitação devem ser as mesmas da época da licitação ou se devem ser aquelas necessárias à assunção do serviço no momento em que ocorre a alteração subjetiva. Com efeito, os requisitos de habilitação jurídica e regularidade fiscal não sofrem qualquer variação e devem ser rigorosamente os mesmos exigidos à época da licitação.

Entretanto, as exigências afetas à idoneidade financeira e qualificação técnica podem comportar mais de uma interpretação razoável. A primeira no sentido de que devem ser idênticas aquelas exigidas quando da realização da licitação, o que seria uma

---

<sup>686</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 128 - 129, esclarece que: “Diferente é a hipótese de transferência do controle societário da concessionária, pois, nesse caso, não existe alteração na pessoa do concessionário, já que os sócios possuem personalidade jurídica distinta da entidade. Em princípio, não há impedimento à transferência do controle acionário, devendo ser observada a norma do art. 27, parágrafo único, da Lei nº 8.987, que exige anuência do poder concedente; além disso, a transferência do controle acionário deve ser feita de tal modo que não afete as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à prestação do serviço.”

<sup>687</sup> Como expõem Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, “controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica” e, dessa forma, “o controle exprime uma particular situação, em razão da qual um sujeito é capaz de marcar com a própria vontade a atividade econômica de uma determinada sociedade.” (COMPARATO, Fábio Konder & FILHO, Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 124 - 125). Faz-se importante anotar que o poder de controle não decorre necessariamente da titularidade das ações, podendo se manifestar de distintos modos, inclusive por meio de acordos de acionistas ou por meio de outros arranjos jurídicos reflexos e indiretos. Pode-se concluir, também, que se o legislador determinou como indispensável a anuência do Poder Concedente em relação aos acionistas controladores, o que significa dizer, *a contrario sensu*, que a negociação de ações pelos sócios minoritários é irrelevante para qualquer finalidade pública e não precisa se submeter a qualquer aprovação ou autorização.

posição mais restritiva, exigindo do pretendente o seu cumprimento na mesma medida do edital. A segunda no sentido de que devem ser exigidos apenas os requisitos necessários à assunção do serviço.

A segunda interpretação parece a mais consentânea com a regra inserta no artigo 27 da Lei nº 8.987/95 que, expressamente, prescreve que as exigências devem ser “necessárias à assunção do serviço”<sup>688</sup>, permitindo inferir que essas condições deverão ser demonstradas para garantir a execução do objeto no momento da assunção e da operacionalização da alteração subjetiva. Evidencia-se que a preocupação do legislador foi a de preservar a continuidade e a eficiência do serviço

O legislador não condicionou que os requisitos sejam coincidentes com aqueles exigidos no momento da realização da licitação<sup>689</sup>, não havendo qualquer referência explícita nesse sentido. Ao revés, se considerou mais relevante a realidade do momento da execução do contrato de concessão.

Isso pode ser explicado porque as condições de qualificação econômico-financeira e qualificação técnica podem, de fato, se apresentar distintamente a depender do momento em que são requisitadas. Pode-se aludir a uma mutabilidade das próprias condições subjetivas específicas para execução do contrato, que estão, assim como as condições objetivas, sujeitas a variações e flutuações próprias do universo empresarial.

Os contratos de concessão importam em vultosos investimentos à partida, o que pode refletir, por exemplo, nos índices econômicos-financeiros<sup>690</sup> e nas próprias exigências de qualificação técnica, que podem variar com alguma intensidade entre a época da licitação e o momento de execução do contrato.

---

<sup>688</sup> Sustentando nesta linha ver SCHWIND, Rafael Wallbach. Transferência das Concessões e do Controle Acionário das Concessionárias: Cabimento, Aprovação Prévia e Requisitos Necessários. In: CARVALHO, André Castro e CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (coord.). Manual de Project Finance no Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 409 - 437 e SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos Jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 3, n. 2, p. 197 - 216, out/dez. 2005.

<sup>689</sup> Ao contrário do que ocorreu na regulação europeia. A Diretiva 2014/23, antes examinada, no seu artigo 43, nº 1, d, ii, quando disciplina a alteração subjetiva menciona a necessidade de satisfação dos critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos.

<sup>690</sup> No exemplo de Rafael Wallbach Schwind: “Sendo assim, é natural e esperado que os índices econômicos-financeiros do concessionário sofram flutuações ao longo de todo o período contratual da concessão. No âmbito de uma concessão, serão demandados investimentos e inversões relevantes, normalmente sem que haja uma contraprestação pública de natureza orçamentária. Os recursos necessários serão obtidos pelo próprio concessionário, comumente pela exploração do próprio empreendimento e por meio da contratação de financiamentos privados. Em razão disso, os índices econômico-financeiros do concessionário sofrerão flutuações naturais – o que não poderia ser diferente.” SCHIND, Rafael Wallbach. Transferência das Concessões e do Controle Acionário das Concessionárias: Cabimento, Aprovação Prévia e Requisitos Necessários. In: CARVALHO, André Castro e CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (coord.) Manual de Project Finance no Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 434.

Um exemplo permite compreender o que ora se afirma. No momento da realização da licitação, pode ser indispensável exigir atestados de experiência em serviços de engenharia, sendo obrigação do cocontratante a execução de obra indispensável à posterior prestação do serviço. Caso, eventualmente, a alteração subjetiva se opere após o término da obra, não parece razoável exigir atestados de capacidade técnica e eis que o momento da execução do objeto não mais reclama esse tipo de *expertise*.

Nada obsta, contudo, que a situação permaneça idêntica à da época da licitação e que as condições sejam as mesmas. Trata-se de matéria que comporta justificação e um exame à luz das especificidades de cada situação concreta, com reforço do ônus argumentativo toda vez que forem cogitadas exigências de qualificação econômico-financeira e capacidade técnica distintas daquelas promovidas à época do certame. A motivação é essencial como mecanismo de proteção ao interesse público e da própria moralidade administrativa, evitando que essas novas exigências se apresentem como veículo de frustração do princípio da licitação e das regras inicialmente postas no edital.

Por isso que, no momento da anuência do Poder Concedente acerca da alteração subjetiva requerida, as preocupações e cautelas com o princípio da concorrência devem estar sempre presentes, sob pena de se admitir transações societárias descasadas do interesse público.

A avaliação do Poder Concedente não pode ser meramente formal, mas atenta ao contexto do contrato de concessão, às suas condições de execução, ao mercado no qual se encontra inserido, às características societárias existentes e às porvir, aos eventuais aspectos concorrenciais que possam ser impactados pela mudança subjetiva e aos motivos justificadores da alteração, em especial, na tarefa de identificar algum indício de fraude à licitação.

Em alguns setores, por exemplo, a concorrência é destacada na própria legislação setorial como um fator a ser considerado quando da anuência do Poder Concedente como um pleito de alteração subjetiva.<sup>691</sup>

---

<sup>691</sup> É o que ocorre com o disposto nos artigos 97 e 98 da Lei n° 9.472, de 16.07.1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Confira-se: “Art. 97. Dependendo de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário. Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7° desta Lei. Art. 98. O contrato de concessão poderá ser transferido após a aprovação da Agência desde que, cumulativamente: I - o serviço esteja em operação, há pelo menos três anos, com o cumprimento regular das obrigações; II - o cessionário preencha todos os requisitos da outorga, inclusive quanto às garantias, à regularidade jurídica e fiscal e à qualificação técnica e econômico-financeira; III - a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7° desta Lei.”

Uma situação hipotética que poderia acarretar o indeferimento do pleito seria a pretensão de um grupo econômico em assumir o controle acionário da Sociedade de Propósito Específico (SPE) e que exercesse atividade econômica concorrente.

Um dos objetivos da regulação é promover a concorrência para fomentar que grupos econômicos distintos, quando possível<sup>692</sup>, concorram entre si na prestação dos serviços públicos, partindo da premissa de que é por meio da concorrência que se alcançará a eficiência e qualidade na execução do serviço.

Se, por exemplo, em uma determinada localidade o serviço público de transporte de ônibus compete com o serviço público de transporte aquaviário, razões regulatórias e concorrenciais podem conduzir a legítimas restrições para que os referidos serviços não sejam prestados pelo mesmo grupo econômico, presumindo que a concorrência entre os modais produzirá mais eficiência e benefícios para os usuários de transportes públicos<sup>693</sup>.

Nas recentes modelagens de concessão de infraestruturas aeroportuárias no Brasil, constou vedação explícita no edital de concorrência para restringir a participação no capital da Sociedade de Propósito Específico (SPE) dos grupos ou investidores que se sagraram vencedores nos aeroportos já licitados<sup>694</sup>. A lógica é fomentar a concorrência entre os aeroportos com vistas a torná-los mais competitivos no cenário internacional.

Um eventual pleito de transferência de controle acionário, *a posteriori*, para o controlador de aeroporto concorrente, seria, possivelmente, indeferido pelo Poder Concedente diante das premissas regulatórias e concorrenciais que foram fixadas na própria modelagem da concessão.

Por isso que, divergindo do entendimento majoritário da doutrina brasileira<sup>695</sup>, não se vislumbra que essa anuência do Poder Concedente seja um ato estritamente vinculado

---

<sup>692</sup> Nos casos do monopólio natural, o regulador pode atuar para minorar os efeitos da ausência de concorrência, mas pela sua própria estrutura, a execução do serviço público comporta apenas um operador.

<sup>693</sup> Vitor Rhein Schirato sustenta que essa aquiescência deve contar com a aprovação do Poder Concedente e também do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, haja vista a sua competência para examinar as operações que tenham impacto sobre a livre concorrência. (SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos Jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. Revista de Direito Público da Economia: Belo Horizonte, ano 3, n° 2, p. 197-216, out/dez. 2005).

<sup>694</sup> Veja-se, por exemplo, as cláusulas das seguintes licitações para a concessão dos aeroportos de Campinas, Guarulhos e Brasília, promovido pela Agência Nacional de Aviação Civil: “3.3. Uma mesma entidade, suas Controladoras, Controladas, Coligadas, ou entidades sob controle comum, isoladamente ou em Consórcio, somente poderão ser vencedoras de um único Aeroporto, devendo observar as regras aplicáveis ao Leilão. No mesmo sentido, foi a disciplina da concessão dos aeroportos de Porto Alegre, Salvador e Florianópolis promovido pela Agência Nacional de Aviação Civil: “3.3. Uma mesma entidade, suas Controladoras, Controladas, Coligadas, ou entidades sob controle comum, isoladamente ou em Consórcio, somente poderão ser vencedoras de até dois dos Aeroportos objeto deste Edital, devendo observar as regras aplicáveis ao Leilão, em especial o disposto no item 5.25.”

<sup>695</sup> Nas palavras de Caio Tácito: “O direito do adquirente das ações a ter aprovada a aprovação a operação pelo concedente é um direito subjetivo sob a condição de permanência dos requisitos de capacidade previsto no edital e no contrato. A seu turno, a competência da Administração para aprovar a sucessão acionária não

e que, uma vez atendidos os requisitos do artigo 27 da Lei nº 8.987/95, haveria uma espécie de direito subjetivo à transferência da concessão ou do controle acionário.

O atendimento isolado das exigências referidas no artigo 27 da Lei nº 8.987/95<sup>696</sup>, a partir da premissa de que se trata de ato vinculado, pode malferir o próprio princípio da licitação, sendo muito simples um determinado grupo empresarial sagrar-se vencedor e depois repassar o objeto para terceiros com intuítos fraudulentos: bastaria comprovar que estariam presentes as condições subjetivas de execução do contrato e que se comprometeria a cumpri-lo.

Haveria um evidente risco de mercantilização e comercialização dos contratos de concessão, estando o Poder Concedente inviabilizado de examinar ou mesmo ponderar outras variáveis. Fatores concorrenciais ou mesmo aspectos específicos que sinalizem que a operação pretendida pode ter por motivação subliminar uma indevida e ilegítima fraude à licitação, podem se afigurar como razões suficientes para o Poder Concedente negar a aquiescência à alteração subjetiva do contrato de concessão.

É evidente que uma eventual decisão denegatória deve ser clara, precisa, objetiva e suficientemente motivada, criando-se um fortíssimo ônus argumentativo para demonstrar que, a despeito da comprovação dos requisitos previstos no artigo 27 da Lei nº 8.987/95, a operação pretendida não atende ao interesse público.

Não se sustenta que essa avaliação do Poder Concedente seja dotada de desmedida discricionariedade e capaz de impedir que reestruturações societárias ocorram sem fundadas razões embasadas no interesse público - não genericamente invocados, mas exaustivamente demonstrados, tais como riscos à concorrência no segmento regulado ou mesmo indícios de fraude à licitação. Igualmente, deverão ser levados em consideração os aspectos específicos e singulares de cada contrato de concessão.

---

é ato discricionário. Comprovada a condição exigida, a aprovação é ato vinculado de exigibilidade pela outra parte”. TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 306. v. 3. Na mesma linha ver SCHWIND, Rafael Wallbach. Transferência das Concessões e do Controle Acionário das Concessionárias: Cabimento, Aprovação Prévia e Requisitos Necessários. In: CARVALHO, André Castro e CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (coord.) Manual de Project Finance no Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 409 - 437. Comungando do mesmo entendimento de que se trata de ato vinculado ver SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos Jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 3, nº 2, p. 197-216, out/dez. 2005. Também entendendo que se trata de ato vinculado ver BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de Serviços Públicos. Curitiba: Juruá, 2001. p. 151.

<sup>696</sup> Como aduz Marçal Justen Filho: “Ressalte-se, porém, que o parágrafo único do art. 27 não é revestido de caráter exaustivo. Incumbe ao Poder Concedente verificar se a cessão não infringe princípios jurídicos fundamentais”. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 290.

O segundo requisito é que o pretendente se comprometa a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. A exigência busca o reconhecimento expresso do pretendente de que conhece o contrato e que adere integralmente aos compromissos assumidos.

Pode-se extrair da regra a consequência prática de evitar futuros pleitos reivindicatórios do cocontratante, especialmente aqueles afetos ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, porquanto se apresenta como dever de quem pretende adquirir novo negócio, seja público ou privado, se acautelar das condições de execução do contrato e dos riscos envolvidos. Assume-se o negócio no estágio em que se encontra.

Exatamente por isso que é muito comum, no universo das aquisições corporativas, a realização de *due diligence*<sup>697</sup> para investigar previamente as potencialidades do negócio, os seus ativos e passivos, bem como toda a informação necessária para avaliar se a transação é vantajosa para o grupo adquirente.

Sob outro prisma, é importante notar que o legislador não fixou prazo para essa manifestação do Poder Concedente. A despeito dessa omissão legislativa, não pode o pleito de transferência de controle acionário depender indefinidamente de uma decisão administrativa<sup>698</sup>.

---

<sup>697</sup> Fabiana da Silva Viegas Gonçalves explica: “É do Direito Romano que deriva o conceito de *due diligence*, “*diligentia quam suis rebus*”, ou seja, a diligência de um cidadão em gerenciar suas coisas. Apesar da Antiguidade do termo, ele somente foi introduzido no sistema jurídico em 1993, mais precisamente no Direito norte-americano após a promulgação do “Securities Exchange Act” a instituição de regras sobre a responsabilidade de compradores e vendedores na prestação de informações em procedimentos de aquisição de empresas. Traduzindo-se literalmente, a expressão *due diligence* significaria “devida cautela ou diligência”. No entanto, tal significado talvez não corresponda à prática e abrangência do procedimento no universo empresarial. [...] Segundo definições, “*due diligence* é o procedimento metódico de análise de informações e documentos de uma determinada empresa, com objetivo predeterminado - fusões e aquisições, planejamento de reestruturações societárias, operações financeiras complexas ou processos de privatização de empresas - que resultará em um relatório das reais condições da empresa analisada”. [...] A *due diligence* é uma prática que está em crescimento tanto na área de gerenciamento de empresas quanto na área jurídica, porém sempre com a função de averiguar a situação da empresa, no que tange às transações em eminência de serem efetuadas. Ou seja, a *due diligence* permite uma avaliação prévia da situação tanto das empresas envolvidas quanto do mercado que ela tangencia, para diminuir e até mesmo evitar os riscos desse tipo de negociação, que são altos. Através desse processo de investigação em profundidade do negócio a ser adquirido, busca-se apurar, com o auxílio de uma equipe de advogados, contabilistas, técnicos, etc., a real situação da empresa, especialmente se existem as chamadas contingências fiscais, trabalhistas, comerciais, de meio ambiente e outras. A análise dessas contingências é que dá o caráter multidisciplinar do processo de *due diligence*.” (GONÇALVES, Fabiana da Silva Viegas. Due diligence no direito tributário e empresarial. Disponível em: [http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/k212866.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212866.pdf). Acesso em: 14 dez. 2018).

<sup>698</sup> O legislador pode fixar consequências jurídicas para casos de omissão do regulador. Veja-se, por exemplo, o artigo 26, § 3º, da Lei n.º 9.478/1997, que disciplina a atuação da Agência Nacional do Petróleo – ANP: “Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes (...)§ 3º. Decorrido o prazo estipulado no parágrafo



O exercício das atividades econômicas e empresariais pode ser condicionado a atos de consentimento, mas não inviabilizado pela ausência de resposta aos pleitos submetidos à sua apreciação.

A Lei n.º 9.748/99, que regula o processo administrativo, prevê expressamente no seu artigo 48 o dever de decidir da Administração Pública<sup>699</sup>, resultando numa obrigação pública materializadora dos direitos dos administrados, que não podem ficar indefinidamente a espera de uma apreciação dos agentes públicos. O silêncio da Administração<sup>700</sup> pode causar violação aos direitos do administrado na obtenção de uma decisão administrativa, seja positiva ou negativa, violando princípios de estatura constitucional, tais como o da liberdade de iniciativa e da liberdade de ofício.

A omissão do Poder Concedente pode acarretar o ajuizamento de ação própria pelos interessados não para que o Poder Judiciário decida no lugar do Poder Concedente - o que violaria o princípio constitucional da separação dos poderes - mas para compelir a manifestação de vontade da entidade administrativa.

Uma última nota se faz indispensável: o regramento do art. 27 da Lei n.º 8.987/95 teve a sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal<sup>701</sup>. Como o dispositivo não teve a sua eficácia suspensa em sede liminar, encontra-se em pleno vigor, podendo-se presumir a sua constitucionalidade.

A controvérsia que se coloca no campo do exercício do controle concentrado de constitucionalidade é se essa modificação subjetiva no polo passivo do contrato constituiria burla ao princípio da licitação, previsto no artigo 175 da Constituição Federal

---

anterior sem que haja manifestação da ANP, os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados.” No mesmo sentido, dispõe a Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL: “Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende: (...) § 2º. A não manifestação da ANEEL, no prazo indicado, representará a aceitação dos novos valores tarifários apresentados, para sua imediata aplicação.”

<sup>699</sup> O art. 48 da Lei n.º 9.748/99 assim estabelece: “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.”

<sup>700</sup> BRANDÃO, Cláudio. O controle das omissões e do silêncio da Administração Pública. In: OSÓRIO, Fábio Medina; Souto e Marcos Juruena Villela (Coords.). Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 9 - 10: ressalta que: “O silêncio da Administração Pública diante da provocação do interessado, nos atos de consentimento, tem sérias repercussões, pois o interessado não poderá desenvolver a atividade pretendida até que haja manifestação sobre seu requerimento. Com frequência, o legislador não estabelece prazo para prática ou consequência jurídica para o silêncio da Administração Pública.” Sobre o tema, ver SADDY, André. Silêncio administrativo no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>701</sup> O Procurador-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn. 2.946 na qual postula a declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 8.987/95 por violação ao princípio da licitação exigido no art.175 da Constituição Federal.

como obrigatório para a celebração de contratos de concessão<sup>702</sup>, conforme vem sustentando parte da doutrina administrativista brasileira.<sup>703</sup>

Seria absolutamente fora do contexto de economias globalizadas que contratos de concessão firmado com sociedades empresárias produzissem como consequência a cristalização do negócio ou mesmo do seu controle acionário. Solução legislativa dessa natureza seria irreal e irrazoável por estar descompassada com o mundo dos fatos. Assim como as condições objetivas se alteram, as condições subjetivas também não necessariamente se eternizarão ao longo da execução do contrato de concessão.<sup>704</sup>

Mesmo a atração de potenciais competidores na licitação poderia ficar prejudicada caso se soubesse, de antemão, que seria inviável a transferência da concessão ou do controle acionário. Esses são contratos públicos empresariais que resultam de arranjos financeiros e societários que podem, naturalmente, se modificar pelas mais variadas razões ao longo da execução do contrato.

No caso da transferência de controle acionário a questão assume, indubitavelmente, menor controvérsia, já que, ao fim e ao cabo, não se muda a pessoa do concessionário, mas apenas o seu controle<sup>705</sup>.

---

<sup>702</sup> Vitor Rhein Schirato propõe solução intermediária, afirmando que poderia se cogitar de um procedimento público e aberto a eventuais interessados, capaz de assegurar publicidade e igualdade nos procedimentos de transferência das concessões, resguardando os princípios constitucionais. SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos Jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 3, n° 2, p. 197 - 216, out/dez. 2005.

<sup>703</sup> A ADI n° 2.946 é embasada, principalmente, nos entendimentos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Confira-se a posição do autor: “Tendo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem concordância da Administração. Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição. Sem embargo, a Lei n° 8.987, no artigo 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 750 - 751.

<sup>704</sup> Abona-se aqui o entendimento de JUSTEN FILHO, MARÇAL. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 532: “De todo modo, a existência de licitação prévia produz uma rigidez apenas relativa para o conteúdo do contrato. Não se configura (nem no Direito Brasileiro, nem no comparado) necessidade de absoluta ou eterna identidade entre o resultado da licitação e as regras contratuais. A regra geral consiste na submissão da Administração ao resultado da licitação. Mas não é regra absoluta nem produz efeitos compulsórios ao longo do tempo. Como já visto, é da inerência da contratação administrativa a possibilidade de modificações no conteúdo do contrato. Ou seja, o argumento de que a prévia licitação impede modificação subjetiva no contrato administrativo prova demais. Se fosse precedente, o resultado seria a impossibilidade também de modificações objetivas. Pelos mesmos motivos, ter-se-ia de reconhecer a impossibilidade de modificações no conteúdo da prestação contratual. No entanto, ninguém defenderia essa outra tese.”

<sup>705</sup> Na mesma linha ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 128 - 129. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo:

O legislador brasileiro foi precavido e condicionou essas modificações subjetivas à prévia anuência do Poder Concedente, que deve ser diligente acerca dos contornos dos arranjos que envolvam a transferência da concessão e do controle acionário<sup>706</sup>, com especial atenção à continuidade e eficiência na execução do objeto, às eventuais implicações concorrenciais no mercado em questão e, principalmente, atento a um possível ardid que tenha por propósito malferir o princípio da licitação.

Não se vislumbra inconstitucionalidade, em abstrato, o artigo 27 da Lei n° 8.987/95. Os contratos de concessão são estruturados e executados a partir de uma racionalidade empresarial, que não pode ser subtraída a pretexto de uma desconfiança generalizada de que haverá burla à licitação.

Também a equivocada premissa de que esses contratos são personalíssimos não procede. Se assim o fosse, não seria possível realizar licitação pública aberta a vários participantes que poderiam, em tese, atender aos requisitos subjetivos exigidos no edital. Se isso é viável no procedimento adjudicatório, por que não seria na fase executória do contrato?

Note que a legislação geral de contratação administrativa brasileira não sinaliza no sentido de que os contratos administrativos são personalíssimos, sendo possível depreender o oposto quando, por exemplo, é facultado celebrar o contrato com o segundo colocado<sup>707</sup>, ou ainda quando há expressa referência à subcontratação, cessão, transferência, cisão, fusão ou incorporação do contratado, desde que expressamente admitida no edital<sup>708</sup>.

Razões de índole subjetiva e que são determinantes para a contratação são encontradas, por exemplo, nos contratos que decorram de inexigibilidade de licitação,

---

Dialética, 2003. p. 532. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Furtado. Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada. Fundamentos Econômicos-Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p.177.

<sup>706</sup> Diogenes Gasparini sustenta que não faz sentido exigir uma nova documentação no caso de transferência do controle acionário e eis que o concessionário é o mesmo e apenas o detentor do controle societário é que será modificado. O autor argumenta que a aptidão já foi demonstrada por ocasião da realização da licitação. GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 382.

<sup>707</sup> Na forma prevista no § 2º do Art. 64 da Lei n° 8.666/3: “Art. 64 A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei. [...] § 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.”

<sup>708</sup> Conforme prescreve o inciso VI do Art. 78 da Lei n° 8.666/93: “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: 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.”

com profissionais notoriamente especializados ou mesmo profissionais do setor artístico<sup>709</sup>.

Em situações tais, os aspectos subjetivos da pessoa é que justificam a própria contratação, podendo-se aludir à uma obrigatória identidade entre objeto e executor. Não é o que ocorre com os objetos sujeitos à prévia licitação e aberto à participação de mais de um interessado apto a executá-lo que podem, justificadamente, sofrer alterações subjetivas em razão da mutabilidade inerente aos contratos administrativos e, principalmente, aos contratos de concessão.

#### 5.4.6.2 O *step in rights* e a assunção do controle acionário pelo financiador

O Direito brasileiro, acolhendo experiência originária da *Common Law*, admite a possibilidade do financiador de assumir o controle acionário da Sociedade de Propósito Específico (SPE). Tem-se aqui uma outra hipótese de transferência de controle acionário e que, portanto, encerra situação de alteração subjetiva a ser examinada sob a ótica do princípio da concorrência.

No Capítulo 2, ainda que brevemente, suscitou-se a importância da modalidade de financiamento dos contratos de concessão pela via do *Project-Finance*, com o intuito de revelar que essa relação não mais se circunscreve apenas às partes contratantes, apresentando-se como multilateral, dada a teia relacional integrada por uma rede de distintos contratos.

Nesse contexto, os financiadores do projeto concessionário se afiguram como atores fundamentais, em razão do aporte de recursos no negócio. Assim, partindo de um raciocínio econômico, quanto maiores forem as garantias concedidas aos financiadores, menores serão os custos financeiros e os próprios custos de transação envolvidos, beneficiando o projeto e o próprio interesse público.

---

<sup>709</sup> A teor do disposto nos incisos II e III do art. 25 da Lei nº 8.666/93, bem como do seu § 1º: “ Art. 25 É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

Com vistas a garantir maior segurança do financiador, o *step-in rights* foi previsto, originalmente, na Lei n.º 11.079/04<sup>710</sup> - que disciplina sobre as Parcerias Público-Privadas - e na própria Lei n.º 8.987/05, alterada pela Lei n.º 13.097, de 2015, Lei n.º 11.196/05<sup>711</sup> -, que regula as concessões de serviços públicos. Outras garantias, como a administração temporária<sup>712</sup> e a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública também foram asseguradas.

O *step-in rights* configura medida interventiva de caráter excepcional, devendo ser reservada apenas aos casos de grave descumprimento do contrato pela Sociedade de

---

<sup>710</sup> Confira-se o dispositivo: 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: [...] § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente: I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

<sup>711</sup> “Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. § 1º Na hipótese prevista no caput, o poder concedente exigirá dos financiadores e dos garantidores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no inciso I do parágrafo único do art. 27. § 2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do caput deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos. § 3º Configura-se o controle da concessionária, para os fins dispostos no caput deste artigo, a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976. § 4º Configura-se a administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes: I - indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades; II - indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral; III - exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no caput deste artigo; IV - outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no caput deste artigo. § 5º A administração temporária autorizada na forma deste artigo não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados. § 6º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária.” Também em Portugal, a assunção do controle acionário da Sociedade de Propósito Específico (SPE) pelo financiador, mais conhecido como *step in rights*, é encontrada no artigo 332 do Decreto-Lei n.º 18, de 29.01.08, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que positivou o Código de Contratos Públicos em Portugal.

<sup>712</sup> Na administração temporária não ocorre a transferência da propriedade ou das ações, mas permite-se ao financiador indicar membros do Conselho de Administração e Fiscal, exercer poderes de veto ou outros poderes necessários à reestruturação financeira. Na Administração temporária o financiador não se sub-roga nas obrigações afetas ao empreendimento, não acarretando responsabilidade em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros. A ideia foi a de permitir a interferência externa do financiador, mas com redução dos riscos relativos à gestão do empreendimento.

Propósito Específico (SPE) e que coloquem em risco a continuidade da execução do objeto, demandando uma imediata reestruturação financeira do empreendimento.

Portanto, a ideia é que o financiador do projeto concessional assumira temporariamente o controle acionário da sociedade de propósitos específicos (*step in*) com vistas a sua reestruturação financeira. Diz-se temporariamente porque o financiador não tem a intenção definitiva de assumir o controle da Sociedade de Propósito Específico (SPE), não sendo esse o seu *core business*<sup>713</sup>.

Por essa razão, a legislação brasileira dispensa o financiador do cumprimento das exigências de comprovação de capacidade técnica e de idoneidade financeira. Seria impeditivo da instituição do *step in rights* se a entidade financiadora fosse obrigada a comprovar uma *expertise* técnica que não possui ou mesmo apresenta índices financeiros estranhos e distintos da atividade que exerce.

Note-se que, a despeito de o Poder Concedente e o financiador não travarem relação contratual direta, ambos têm interesses convergentes no sentido de que o empreendimento objeto da atividade da Sociedade de Propósito Específico (SPE) seja exitoso<sup>714</sup>.

O interesse do financiador é assegurar o fluxo de caixa do *Project Finance* sem o que não recebe as parcelas vencidas do financiamento. Do lado do Poder Público, o seu dever consiste em garantir a eficiência na prestação do serviço ou na gestão da infraestrutura pública, exigindo o atendimento dos padrões de qualidade fixados no

---

<sup>713</sup> Além disso, no Direito brasileiro existe a proibição do financiador de ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento. A proibição do pacto comissório vem prevista no artigo 1.428 do Código Civil: “Art. 1.428: É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. Lucas de Moraes Cassiano Sant’Anna e Pedro Romualdo Saullo explicam: “Vale ressaltar que, no direito brasileiro, o credor deve, necessariamente, alienar o objeto da garantia – as ações da sociedade, por exemplo – a um terceiro e utilizar o produto dessa alienação na amortização dos valores devidos e não pagos no âmbito do financiamento, devolvendo ao devedor o montante que porventura restar. Para não incorrer na vedação ao pacto comissório, a assunção do controle direto sobre a sociedade, via exercício dos direitos políticos próprios da ação, deveria ser obtida temporariamente, com o intuito limitado de preparar a sociedade para a alienação de suas ações.” (SANT’ANNA, Lucas de Moraes Cassiano; SAULLO, Pedro Romualdo. Step-in rights e o regime de administração temporária no âmbito da Lei de Concessões. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 13, n° 49, abril/junho. 2015. p. 5)

<sup>714</sup> Maurício Portugal Ribeiro esclarece: “Por fim, pode-se afirmar que Poder Público e financiador têm interesses convergentes no sucesso da SPE. Assim, o financiador, ainda que não seja seu objetivo direto, acaba por trabalhar a favor do interesse público. Daí a grande utilidade, do ponto de vista da Administração, de se atribuir ao financiador o direito de assunção de controle. Apesar disso, não se pode perder de vista que o financiador tem interesse no sucesso financeiro da SPE (com o intuito de recuperar seu investimento e obter a margem de retorno esperada), enquanto o interesse do Poder Público é mais amplo. Assim, o financiador constitui um bom fiscal da saúde financeira da SPE, mas o peso da fiscalização sobre a qualidade e a segurança do serviço prestado continua no âmbito da Administração.” (RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p.136.)

contrato de concessão. A rigor, a Sociedade de Propósito Específico (SPE) fica sujeita a um duplo e rigoroso controle (Poder Concedente e entidade financiadora)<sup>715</sup>, o que contribui para o cumprimento do objeto na forma pactuada.

Se o empreendimento estiver sendo mal gerido pela Sociedade de Propósito Específico (SPE) e sem capacidade de gerar as receitas necessárias, o interesse público poderá ser comprometido, afetando diretamente os usuários e a coletividade.

Portanto, ainda que movidos por finalidades distintas, a reestruturação financeira a ser efetivada pelo financiador, após a utilização do mecanismo do *step in rights*, pode atender legitimamente aos objetivos de todas as partes envolvidas.

Sob certo ângulo, o *step in rights* se revela como alternativa menos drástica do que a própria intervenção, instrumento que traduz uma prerrogativa de autoridade do Poder Concedente com a finalidade de assegurar a adequação na prestação do serviço, na hipótese do concessionário não cumprir com as obrigações previstas no contrato e revelar atuação ineficiente e desconforme com os padrões de qualidade desejados<sup>716</sup>. Por isso, se afigura como recomendável que o eventual exercício da prerrogativa de intervenção pelo Poder Concedente seja objeto de prévia notificação à entidade financiadora, o que pode levar a uma solução consensual acerca da medida mais adequada para ser tomada na hipótese e à luz das circunstâncias concretas.

---

<sup>715</sup> Situação complexa e que, a princípio, não deve ensejar a utilização do mecanismo do *step in rights* se dá na hipótese da concessionária/Sociedade de Propósito Específico (SPE) descumprir alguma obrigação prevista no contrato de financiamento por força de uma modificação unilateral imposta pelo Poder Concedente. Ora, se o descumprimento com a entidade financiadora se deu a partir de mudança motivada por razões de interesse público e decorrente da utilização das prerrogativas de direito público outorgadas ao Poder Concedente para, unilateralmente, instabilizar o vínculo contratual, não se identifica que o *step-in-rights* se qualifique como a solução mais adequada e eis que a simples assunção do controle acionário pela entidade financiadora não terá o condão de impedir eventual alteração unilateral de cláusulas regulamentares do contrato de concessão pelo Poder Concedente. Em empreendimentos de grande porte que envolvam complexas obrigações interligadas e interdependentes em mais de um contrato, não é raro que as partes não cheguem a um acordo acerca do valor e da forma mais justa e adequada para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que poderia gerar para a Sociedade de Propósito Específico (SPE) uma situação de inadimplemento perante a entidade financiadora para a qual não concorreu. A hipótese foi examinada por Bernardo Diniz de Ayala: “Por exemplo, não se vê de que poderia servir o *step-in* num cenário destes, uma vez que as entidades financiadoras estariam a entrar num contrato em reação a uma modificação do mesmo mas nem por isso esta (modificação) deixaria de operar. Também não se veria racionalidade na eventual nomeação de administradores ou gestores do mutuário, que é outra das medidas tradicionalmente ao dispor das entidades financiadoras.” Sustenta o autor, em conclusão, que essas tensões geradas pela dupla sujeição do concessionário, a saber, ao contraente público e às entidades financeiras são solucionáveis ou por intermédio da reposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão ou pela responsabilidade civil da Administração decorrente do sacrifício imposto ao contratado”. (AYALA, Bernardo Diniz. O Poder de Modificação do Contrato Administrativo com Regime de Project Finance. Revista de Contratos Públicos, Coimbra, n. 2. P. 81, ago. 2011)

<sup>716</sup> No Direito brasileiro, a intervenção se encontra disciplinada no art. 32 da Lei n. ° 8.987/95.

As condições para o exercício do *step-in rights* devem estar expressamente previstas no contrato de concessão e no contrato de financiamento celebrado pela Sociedade de Propósito Específico (SPE).

Em ambos os contratos, não parece contribuir para a segurança jurídica do empreendimento estipulação de cláusulas genéricas que outorguem ao financiador um poder amplamente discricionário na assunção do controle acionário da Sociedade de Propósito Específico (SPE).

Se de um lado, no contexto do *Project Finance*, é importante a previsão de mecanismos que assegurem ao financiador a possibilidade de assumir o controle acionário da Sociedade de Propósito Específico (SPE), de outro parece igualmente relevante assegurar aos controladores um mínimo de previsibilidade acerca das situações e das hipóteses nas quais essa aguda intervenção do financiador poderá ocorrer.

Os contratos de concessão e os contratos privados celebrados entre a Sociedade de Propósitos Específicos e os seus financiadores devem estipular uma densificação objetiva das situações que podem ser consideradas como de grave inadimplemento da Sociedade de Propósito Específico (SPE), em especial, no que se refere aos aspectos financeiros. Parece relevante identificar o risco de descontinuidade na prestação do serviço e o nexo de causalidade do referido risco com a indispensável reestruturação financeira do empreendimento, demonstrando a proporcionalidade da medida para atingir a finalidade pretendida.

Tratando-se da modificação do controle acionário que tem base contratual, os aspectos procedimentais envolvidos na assunção da operação pelo financiador devem estar suficientemente detalhados<sup>717</sup>, assegurando os direitos do controlador e do financiador.

Enfim, se o *step-in* significa a assunção do controle acionário pelo financiador, o *step-out* implica na sua saída do controle da Sociedade de Propósito Específico (SPE), com a transferência do controle para terceiros. Após reestruturado financeiramente o empreendimento, com a recuperação do fluxo de caixa e a obtenção das receitas operacionais aos níveis desejados e necessários para o prosseguimento do empreendimento, o financiador poderá repassar o controle acionário para conduzir a Sociedade de Propósito Específico (SPE).

---

<sup>717</sup> Idêntico é o entendimento de GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de Serviço Público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 316.



Se a legislação brasileira disciplinou o *step in* (a assunção do controle pelo financiador), foi omissa em relação ao *step out* (a transferência do controle acionário para terceiros). Não se pode afastar a possibilidade de ser suscitada a mesma dúvida enfrentada no item anterior acerca da imposição de licitação para transferência do controle acionário, ao argumento de que essa transferência não poderia se operar sem a prévia realização de procedimento impessoal, público e isonômico.

Como aduzido anteriormente, também no caso do *step out* a Sociedade de Propósito Específico (SPE) será a mesma, assim como os contratos permanecem inalterados. O que muda é apenas o seu controle acionário. Deve-se lembrar, por oportuno, que a discussão mais aguda e intensa no bojo da ADI nº 2.946 se refere à transferência da concessão, quando ocorre a assunção do objeto por pessoa distinta, o que difere substancialmente da mudança do controle acionário.

Não sendo modificada a pessoa do concessionário, *a priori*, assim como ocorre com a transferência do controle acionário prevista no artigo 27 da Lei nº 8.987/95 e desde que atendidos os requisitos previstos no artigo 27 da Lei nº 8.987/95 e adotadas as cautelas antes referidas, não se vislumbra violação ao princípio da licitação com o *step in out*, ou seja, com o financiador repassando o controle acionário para terceiros.

Em todo caso, seja no *step in* ou no *step out*, será indispensável a autorização do Poder Concedente. Apesar dos legítimos interesses dos financiadores em assegurarem o retorno do capital alocado no projeto, em se tratando de um contrato de concessão, há um interesse público primário envolvido, a reclamar dos poderes constituídos o dever de garantir a sua adequada tutela.

É preciso, portanto, conciliar os direitos e garantias dos financiadores com o atendimento do interesse público. Tratando-se de *Project-Finance* estruturados por meio de contratos de concessão, seria inconcebível que a mutação do controle acionário da Sociedade de Propósito Específico (SPE) se circunscrevesse apenas a uma esfera privada de interesses.

Com efeito, não seria razoável que o Poder Concedente ficasse alheio a decisões tão importantes, capazes de afetar diretamente o interesse público envolvido. Assim, o *step-in rights* não se constitui como um direito autônomo do financiador, mas dependente de uma condição prévia consubstanciada na autorização do Poder Concedente.

Essa autorização do Poder Concedente, como qualquer ato administrativo, demanda motivação explícita e congruente à luz dos fatos concretos que se apresentem, estando a autoridade administrativa, em certa medida, vinculada às condições que foram

estabelecidas no contrato de financiamento pactuado entre a Sociedade de Propósito Específico (SPE) e o financiador e no próprio contrato de concessão.

Daí porque é recomendável que o contrato de concessão insira como obrigação do cocontratante o dever de dar ciência de todos os contratos de financiamento que vier a celebrar, já que, como dito, uma das características do *Project Finance*, é a presença de uma rede heterogênea e coligada de contratos que se interligam mutuamente.

## CAPÍTULO 6 - CONCLUSÕES

A essa altura do percurso, impõe-se condensar as reflexões finais acerca da temática da mutabilidade nos contratos de concessão, que decorreram da investigação empreendida durante a elaboração desta tese.

Um caminho - talvez mais prático - seria simplesmente resumir cada uma das proposições objetivas alcançadas em cada capítulo, desdobrando-as em vários itens com o detalhamento de todas as conclusões parciais desenvolvidas ao longo do estudo.

Entretanto, esta não é a opção que se faz no momento de se avançar para a síntese conclusiva do estudo. Sem negar a importância dos mais variados temas e aspectos polêmicos - abordados no estudo da mutabilidade dos contratos de concessão - e aproveitando a oportunidade para ratificar as posições adotadas em cada um dos capítulos, entende-se como necessário extrair apenas as ideias centrais e nucleares concebidas durante a elaboração deste trabalho.

Serão, portanto, afirmadas dez proposições, ideias ou mesmo reflexões finais que foram desenvolvidas ao longo dos capítulos antecedentes, ou seja, as que compendiam aquilo que se considera como o sumo mais relevante a ser destacado no momento em que se chega ao final da jornada.

A primeira proposição consiste no reconhecimento de que a regulação por contrato deve se ocupar da mutabilidade como um dos seus aspectos centrais. A modelagem e a estruturação do contrato de concessão devem ser obsessivamente preocupadas com a mutabilidade e com os mecanismos de governança e gestão que possam lidar com as inevitáveis mutações que virão.

Assim, partindo da premissa estabelecida de que existe uma margem de autonomia própria de cada contrato de concessão, sustenta-se a existência de um espaço de normatividade contratual (substantivo e procedimental) a ser explorado quando se trata da regulação da mutabilidade. Não se refere à adivinhação ou mesmo à futurologia, e sim à regulação contratual que não seja voltada e pensada apenas para o presente, mas também com o olhar prospectivo para o futuro nos limites da racionalidade humana.

Entre a real incompletude dos contratos de concessão e a fictícia completude, existe uma considerável zona evolutiva da mutabilidade. Enfim, como reiteradamente destacado ao longo deste estudo, fatos não se congelam, eles mudam a todo instante. A

realidade é rica, dinâmica, veloz e, sobretudo, imprevisível. Logo, é preciso reconhecer a mutabilidade como algo esperado e previsível.

O modo contemporâneo de estruturar o contrato de concessão contempla inovações que estão diretamente conectadas à mutabilidade: a) a regulação de resultados, que se apresenta com maior flexibilidade e plasticidade se comparada às rígidas estipulações de obrigações de meio; b) a construção dialógica do objeto, reduzindo a assimetria informacional e, tendencialmente, reduzindo alegações de desconhecimento do projeto, o que leva a compreender que a mutabilidade também deverá ser dialógica por natureza; c) a concepção de que os contratos de concessão são multilaterais, não se restringindo aos interesses das partes contratantes e repercutindo, evidentemente, na mutabilidade que também ostenta a natureza multilateral.

A segunda proposição consiste no reconhecimento de que a alocação de riscos dos contratos de concessão - para além de seu enorme avanço em relação à concepção francesa da teoria das *áleas* - guarda uma relação visceral com a temática da mutabilidade.

Ao alocar riscos nos contratos a partir de critérios de razoabilidade e racionalidade, antecipa-se a ocorrência das mutações previsíveis e das suas consequências, reconhecendo a constante reconfiguração do contrato de concessão como algo natural e esperado. As mutações aderem ao contrato, o qual vai se transformando sem que, obrigatoriamente, ocorram renegociações ou mesmo formalizações para a celebração de termos aditivos.

O fenômeno foi denominado, em outra oportunidade, como mutabilidade endocontratual<sup>718</sup>, estando internalizada no próprio contrato de concessão, porquanto vinculada à prévia distribuição de riscos.

No entanto, se é inegável o contributo da temática dos riscos no estudo dos contratos públicos - nomeadamente nos contratos de concessão -, também se alcança a conclusão de que não é factível esperar que a regulação do contrato seja exauriente, exaustiva e completa, por melhor que seja a alocação de riscos.

Chega-se, assim, a terceira proposta: a procedimentalização da mutabilidade. Com efeito, se nem sempre é possível prever que tipo de ocorrência afetará o contrato, pode-se cogitar, então, uma regulação contratual que explicita o *modus operandi* da mutabilidade, fincada a partir dos princípios que materializam valores e asseguram transparência e legitimidade ao processo decisório na construção de soluções dialógicas

---

<sup>718</sup> GARCIA, Flavio Amaral. Concessões, Parcerias e Regulação. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 162-163.

consensualmente negociadas. Ademais, é possível aludir que o objetivo fundamental de uma metodologia própria da mutabilidade - estruturada logicamente nos princípios que lhe são aplicáveis - é assegurar certa estabilidade na mudança.

No Brasil, conforme se procurou expor nos capítulos antecedentes, existe um *deficit* na disciplina normativa da mutabilidade - relativo aos contratos administrativos em geral - e na própria legislação setorial que trata dos contratos de concessão. Sustenta-se, nesta tese, que é perfeitamente possível - e até mesmo desejável - que a regulação por contrato se ocupe da temática da procedimentalização enquanto essa lacuna normativa não for preenchida.

A procedimentalização da mutabilidade tem como principal objetivo conferir previsibilidade à modificação dos contratos de concessão. Desse modo, uma adequada procedimentalização da mutabilidade pode viabilizar a compreensão e a própria depuração do interesse público a ser tutelado, abrindo-se canais de diálogos não apenas com o cocontratante, mas com todos aqueles que possam ter os seus interesses afetados. Isso porque a natureza multilateral dos contratos de concessão, por arrastamento, leva a compreensão de que também a mutabilidade é multilateral.

Além disso, o tema da procedimentalização da mutabilidade pode implicar em um acréscimo de eficiência na regulação do contrato para fins de combate à corrupção. Como notório, o assunto apresenta uma relevância prática enorme no atual contexto histórico do Estado e da sociedade brasileira.

Conquanto existam várias causas das mais diversas matizes (políticas, sociais, morais e econômicas), interessa notar que, ao ângulo jurídico, existe uma baixa preocupação - legislativa e contratual - com uma metodologia que operacionalize a mutabilidade, colocando-a com a centralidade que merece no campo da estruturação e regulação dos contratos administrativos, com maior enfoque nos contratos de concessão.

Uma correta e adequada procedimentalização da mutabilidade, na regulação por contrato, densifica os princípios da transparência e da motivação, ampliando os mecanismos de controle e evitando a celebração de termos aditivos obscuros, despidos de qualquer formalização ou mesmo negociados em ambientes herméticos e contaminados pela corrupção.

A procedimentalização da mutabilidade pode, igualmente, ser relevante para evitar uma disfuncional utilização das prerrogativas unilaterais de alteração dos contratos de concessão - a partir de genéricas invocações dos interesses públicos do lado do

contraente público - e reduzir uma indesejável postura oportunista da parte do cocontratante nos processos de renegociação do contrato.

Ainda como decorrência de que na alocação de riscos nem tudo pode, chega-se a quarta proposição. Com a relevante contribuição da Análise Econômica do Direito, é possível concluir que os contratos de concessão são incompletos. Isto porque eles são realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, reclamando uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução.

Não se supõe factível, *ex ante*, partilhar todos os riscos que possam interferir na execução do contrato, ou mesmo antecipar circunstâncias e fatos supervenientes que venham a impactar a economia dele. Por mais exaustivo e eficiente que seja o planejamento, a modelagem e a determinação das condições estruturantes na execução do objeto, os contratos de concessão são dotados de naturais incompletudes e lacunas que, somente durante a sua efetuação, poderão ser integradas pelas próprias partes ou pelos órgãos dotados de capacidade institucional.

Entretanto, a ausência de previsão *ex ante* dos riscos pode se enquadrar como uma incompletude deliberada, com as partes optando, propositadamente, por deixarem determinados elementos do contrato em aberto, uma vez que entendem que será mais eficiente uma gestão superveniente e *ex post* das futuras contingências. Sob essa perspectiva, a incompletude do contrato se qualifica como uma gestão negativa dos riscos, sendo complementar à administração positiva deles. Em termos objetivos: a partilha de riscos e as incompletudes contratuais deliberadas são, portanto, estruturas endógenas contratuais complementares.

Não obstante a teoria dos contratos incompletos não ter sido estruturada originariamente para os contratos públicos, a aplicabilidade dos seus fundamentos pode se apresentar de extrema utilidade, visto que se tratam de contratos duradouros, naturalmente sujeitos à ocorrência de diversos eventos e contingências durante a sua execução.

Em uma aproximação bastante genérica, a teoria dos contratos incompletos, a tradicional doutrina da mutabilidade (inerente aos contratos administrativos) ou mesmo o advento de um Estado Regulador - mais presente e atuante a partir da dificuldade do legislador em disciplinar as circunstâncias do momento - lidam cada uma a seu modo e

no espaço dos respectivos marcos teóricos, com a necessidade de adaptação às novas realidades.

A quinta proposta guarda a relação com reflexões que partem do ponto de observação de uma visão econômica do Direito, permitindo alcançar a conclusão de que os contratos de concessão também podem ser qualificados como relacionais.

A teoria dos contratos relacionais propugna que eles estão inseridos em contextos sociais, econômicos, morais e políticos, a exigir dos intérpretes a incorporação de elementos extrajurídicos. Especialmente nas relações contratuais duradouras, consolida-se uma certa interdependência dos direitos e deveres das partes, que irão se beneficiar reciprocamente se as suas condutas forem pautadas pela boa-fé, confiança, cooperação e solidariedade.

Assim, os contratos relacionais são evolutivos, permeáveis e essencialmente mutáveis, a ensejar uma indispensável capacidade de aprendizagem e flexibilidade das partes para promover o ajustamento às novas realidades que venham a se desenhar.

Mesmo que sujeitos a limites mais rígidos de modificação - próprios do Direito Público - veste bem aos contratos de concessão o enquadramento como contratos relacionais. A ideia de presentificar o futuro por meio de rígidas estipulações contratuais, sem prestigiar os mecanismos de regulação que incorporam uma certa capacidade adaptativa às cambiantes realidades, pode inviabilizar ou tornar a execução do contrato inteiramente descasada do universo fático que o circunda.

Caberá, assim, à regulação do contrato de concessão desenhar os corretos incentivos que induzam as partes a agir solidaria e cooperativamente, viabilizando a execução do objeto e atendendo aos legítimos interesses de cada uma das partes envolvidas na relação.

Na ótica relacional, tanto melhor que o preenchimento das eventuais lacunas, a forma de lidar com as mutações e a solução dos conflitos *ex post* sejam resolvidos pelas próprias partes, as quais detêm, *a priori*, maior capacidade, conhecimento e informação para lidar com as vicissitudes próprias às relações duradouras. Em termos sintéticos, é suposto concluir que as partes devem ter autonomia suficiente para não dependerem da tutela de terceiros ou de decisores externos para avançarem no processo evolutivo contratual.

Nem sempre, contudo, essa desejável autonomia das partes, para lidar com as mutações e eventuais conflitos que dela decorram, será factível, especialmente quando se

tratarem de contratos de concessão - complexos e incompletos por natureza - nos quais confluem interesses públicos e privados que, não raro, se apresentam descoincidentes.

Chega-se, assim, a sexta proposta. Vários setores e segmentos econômicos são duplamente regulados pelo contrato e, *ex post*, pela Agência. Para tanto, a regulação por ambos deve ser harmônica, coordenada e complementar.

Como destacado ao longo de todo o estudo, não é factível esperar que o contrato seja capaz de predeterminar todas as mutações e antecipar integralmente as soluções. Por isso, sustenta-se nesta tese que as Agências, nos setores duplamente regulados, devem assumir uma função integrativa traduzida na ideia de completamento das lacunas, sejam elas deliberadas ou não, e na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, viabilizando uma releitura do contrato à luz das novas realidades.

As Agências Reguladoras, por essência, foram criadas e vocacionadas a uma atuação naturalmente multidisciplinar e sistêmica, apresentando a melhor capacidade institucional para lidar com as mutações e com o completamento dos contratos de concessão.

Claro que cogitar uma função integrativa das Agências não significa, de modo algum, fazer tábula rasa do contrato de concessão, conferindo uma ampla margem de discricionariedade para o regulador alterar decisões essenciais tomadas à época da pactuação do contrato. Este é um ato jurídico perfeito e, como tal, tem proteção constitucional. Portanto, não pode a Agência, a pretexto de exercer as suas competências, retroagir e alterar unilateralmente o contrato, sendo sua função regulatória conformada pelas escolhas administrativas da regulação por contrato.

O que se afirma é coisa diversa. É o reconhecimento de que, diante das lacunas e de conceitos abertos e indeterminados próprios dos contratos de concessão, caberá a Agência - dialogica e motivadamente - exercer uma função integrativa de completamento do contrato. Se assim não se compreender, esse ente não passaria de mero fiscal do contrato, o que seria uma visão excessivamente reducionista das suas funções.

Assim, ao legislador cabe estabelecer os *standards* genéricos e explicitar as diretrizes conceituais, substanciais e axiológicas da mutabilidade; à regulação por contrato concerne operacionalizar, racionalizar, sistematizar, objetivar, concretizar e procedimentalizar a mutabilidade; à regulação por Agência compete exercer uma função interpretativa e integrativa no completamento e preenchimento dos inacabamentos e incompletudes inerentes a esses ajustes duradouros, associativos, evolutivos e relacionais.



A sétima proposição se relaciona com o exame das causas tradicionais de modificação dos contratos administrativos, as quais foram sistematizadas originariamente na França, sendo replicadas em países como o Brasil.

O *ius variandi*, a teoria da imprevisão, o fato do príncipe e da administração, a sujeição imprevista, o caso fortuito e a força maior, bem como as alterações bilaterais, são apontadas pela doutrina administrativista como situações ensejadoras da mutabilidade nos contratos.

Essa sistematização ainda se apresenta útil e necessária, na medida em que compendia um conjunto de situações fáticas que impactam a execução dos contratos administrativos, cujas consequências são objetos de longa maturação da doutrina e da jurisprudência. Contudo, é preciso reconhecer que essas causas não são exaurientes e nem de longe esgotam as múltiplas possibilidades de mutações do contrato de concessão.

O reconhecimento de que essas categorias não são exaustivas não deve acarretar, como consequência, em um certo deszele delas na regulação do contrato de concessão. Não atende aos objetivos de concretização e segurança jurídica da mutabilidade uma descrição genérica dessas categorias, pressupondo que o intérprete buscará a sua elucidação a partir da doutrina e da teoria jurídica.

A regulação do contrato de concessão deve delimitar, nos limites da racionalidade humana, a descrição detalhada dos eventos, das suas causas, das medidas atenuadoras, das consequências e da extensão. Os marcos legais - ao menos no Brasil - tracejam balizamentos excessivamente genéricos sobre esses temas, que, frise-se, não encontram uniformidade na doutrina e na jurisprudência, notadamente em razão da forma como se deu a importação desses institutos a partir da experiência francesa.

Sustenta-se, nesta tese, que o contrato de concessão deve ser mais analítico e conectado à descrição factual das prováveis intercorrências supervenientes, bem como do próprio detalhamento das categorias tradicionalmente conhecidas pela doutrina administrativista de mutabilidade. Noutros termos, sempre que possível, deverá o contrato atribuir consequências e responsabilidades das mutações entre as partes *ex ante*, ou, se for o caso, deliberadamente optar por lacunas e incompletudes que melhor serão compreendidas a partir da ocorrência dos fatos, evitando, *a priori*, estabelecer uma relação de causa, efeito e responsabilidade. O sofisticado desafio da regulação dos contratos de concessão consiste em identificar o que deve ser regulado *ex ante* e o que deve ser regulado *ex post*.

A oitava proposição se relaciona com um tema central no estudo da mutabilidade: o equilíbrio econômico-financeiro, em que as mutações causam, como regra, a necessidade de restaurar esse equilíbrio original dos contratos de concessão.

Mais uma vez, destaca-se a importância de uma adequada regulação da matéria no âmbito do contrato de concessão. Isso se dá por duas razões. A primeira é porque não parece factível disciplinar os aspectos substantivos do equilíbrio econômico-financeiro em leis abstratas, ou mesmo a partir de teorizações genéricas e absolutas, dada a singularidade de cada arranjo e das próprias particularidades da relação contratual. Já a segunda é que não se pode compreender o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão a partir da racionalidade tradicional dos contratos administrativos. Assim, a conformação da equação econômico-financeira dos contratos de concessão é bem mais complexa, como se procurou demonstrar ao longo deste estudo.

Tudo isso ratifica a relevância do contrato de concessão em se ocupar de seu equilíbrio econômico-financeiro como um de seus eixos centrais, definindo, em cada caso, o ponto de equilíbrio, as principais causas de desequilíbrio e os mecanismos de reequilíbrio. Não raro, esses temas têm sido negligenciados na regulação dos contratos no Brasil, ensejando contenciosos administrativos e judiciais. Com isso, existe uma curva de aprendizado a ser percorrida nessa matéria.

A compreensão das completudes e incompletudes dos contratos de concessão também se apresenta bastante útil na investigação do tema. O contrato de concessão pode regular *ex ante* e de forma vinculada à responsabilidade das partes e ao mecanismo de reequilíbrio, como pode, também, optar por deliberadamente deixar em aberto - para uma regulação *ex post* - como o reequilíbrio se aperfeiçoará, porquanto as circunstâncias fáticas poderão ser determinantes para uma avaliação mais correta. As Agências Reguladoras, nos setores duplamente regulados, devem ser as guardiãs do equilíbrio econômico-financeiro, exercendo a sua função integrativa conectada ao marco contratual.

Ainda na temática do equilíbrio econômico-financeiro, reafirma-se duas ideias expostas nas propostas anteriores. A procedimentalização, na forma de reequilibrar o contrato de concessão, se afigura como imprescindível, visto que revela o conteúdo garantístico dos direitos das partes. Não se trata de mera formalidade burocrática: o reequilíbrio do contrato de concessão precisa ser efetivo e concreto.

Para tanto, é indispensável que o equilíbrio econômico-financeiro seja compreendido como um valor autônomo do contrato, sendo ambas as partes garantes da sua estabilidade. Condutas e comportamentos adversariais minam a premissa relacional

nos contratos públicos, e essa é, infelizmente, a realidade na maioria esmagadora dos contratos de concessão no Brasil. Por isso, trata-se de um desafio que reclama imediato enfrentamento.

A nona proposição guarda direta relação com os limites materiais da mutabilidade e do avanço consubstanciado na regulação do tema pelo Direito Europeu. Insistiu-se, ao longo da tese, que mutabilidade não é “degeneração contratual”. Assim, os princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto se desvelam como os mais relevantes parâmetros conformadores da mutabilidade.

O princípio da concorrência foi elevado, a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, como um efetivo limitador da modificação dos contratos públicos. No plano dos contratos de concessão, essa conclusão é extraível, mais concretamente, da Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu, havendo um certo consenso na doutrina acerca da maior valoração da concorrência na regulação da matéria.

Há, contudo, um ponto que deve ser destacado e louvado: ao disciplinar sobre os aspectos substantivos da modificação dos contratos públicos, o Direito Europeu contribuiu de modo decisivo para colocar a mutabilidade com a centralidade que a temática merece. No Brasil, ainda persiste uma lacuna normativa que tem, em parte, a maior preocupação do legislador, dos operadores do Direito e dos próprios controladores com o assunto das licitações, relegando as inquietações sobre os contratos administrativos para um segundo plano.

Ainda que a regulação europeia tenha praticamente igualado o regime de modificação dos contratos administrativos tradicionais aos contratos de concessão - o que pode ser objeto de futuros aperfeiçoamentos em razão das características específicas dos contratos de longa duração - a verdade é que a disciplina europeia certamente ampliará a perspectiva do debate acerca da temática da mutabilidade, em especial por ocasião da transposição a ser feita no âmbito do Direito Nacional de cada país.

O modo como a regulação europeia disciplinou a modificação dos contratos públicos ratifica outra proposta anteriormente sustentada: a de que as categorias tradicionais de modificação dos contratos administrativos - estruturadas a partir da jurisprudência do Conselho de Estado na França e replicadas em vários países - não mais respondem de modo exaustivo às complexas questões afetas à mutabilidade.

A décima e última proposição relaciona a mutabilidade e o princípio da *pacta sunt servanda*. Como se procurou sustentar ao longo desta tese, a mutabilidade não é uma ficção inventivamente construída pela doutrina a partir de formulações teóricas e

abstratas, mas um atributo próprio dos contratos de concessão, fruto da realidade e da imposição do mundo dos fatos. Mesmo que uma lei pretensamente prescrevesse que esses contratos são imutáveis, a realidade impor-se-ia de forma avassaladora.

Essa constatação não implica qualquer desprestígio ou menosprezo ao princípio do *pacta sunt servanda* e da estabilidade dos contratos. Muito ao contrário, para os contratos em geral, especificamente os concessionais, a sua observância é fundamental. Os contratos nascem para serem cumpridos.

O desrespeito a essa premissa de cunho civilizatório faz toda a diferença no campo dos contratos públicos, mormente, naqueles vínculos que envolvam associações duradouras entre os setores público e privado. Países que verdadeiramente não entronizam a força obrigatória - como um consectário natural no universo contratual - e o respeito àquilo que foi pactuado atraem menos investimentos e criam um ambiente negocial pautado pela desconfiança, prestando, seguramente, um desserviço ao atendimento do interesse público.

O que se assevera é coisa diversa. É a certeza de que em relações contratuais duradouras, como são os contratos de concessão, tudo muda o tempo todo; e o Direito, por conseguinte, deve reconhecer essa realidade e se municiar com o instrumental adequado para lidar com tantas e imprevisíveis mutações.

Supor que a força obrigatória dos contratos pode ser petrificada em relações jurídicas que se desdobram no tempo - completamente imunizadas aos impactos que novas circunstâncias econômicas, sociais, tecnológicas e políticas possam provocar na execução do objeto contratual - implicaria ignorar a realidade, conferindo ao Direito uma arrogante pretensão de regular arranjos contratuais com notas de definitividade e imutabilidade.

Possível aduzir que, modernamente, o próprio conceito de *pacta sunt servanda* assume uma dimensão menos estática, linear e rígida, amoldando-se à tecnologia mais flexível e dinâmica na regulação dos contratos de concessão. Cumprir o contrato na forma pactuada significa reconhecer, à partida, que a mudança é inerente a essas estruturas contratuais duradouras, já estando incorporada como um elemento intrínseco e esperado pelas partes.

Na perspectiva abordada ao longo do presente trabalho, a regulação adequada da mutabilidade pressupõe: a) adequação e detalhamento da partilha de riscos; b) decomposição objetiva dos eventos, da sua responsabilidade e das consequências, concretizando a mutabilidade endocontratual; c) correlação dos riscos com o equilíbrio

econômico-financeiro; d) estabelecimento de mecanismos que permitam aferir o desequilíbrio e as formas de reequilíbrio; e) reconhecimento deliberado de lacunas e inacabamentos contratuais, que melhor serão integrados a partir de soluções *ex post*, f) desenho dos corretos incentivos que induzam as partes a agir cooperativa e solidariamente na identificação das soluções consensuais; g) definição de estruturas de governação endógenas e referências institucionais exógenas que permitam solucionar os conflitos do porvir; h) estipulação de cláusulas que procedimentalizem a mutabilidade, atribuindo previsibilidade na sua operacionalização.

Definir corretamente os marcos legais, contratuais e procedimentais da mutabilidade - nos contratos de concessão - é tarefa que confere previsibilidade à mudança. Enfim, conferir segurança jurídica e racionalidade às mutações foi o desafio que animou a escolha desse complexo tema e o seu enfrentamento nesta tese.

## BIBLIOGRAFIA:

ACERETE GIL, José Basilio. Financiación y Gestión Privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones Público-Privadas. Disponível em: <[http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Investigaciones/Inves2004\\_02.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/Investigaciones/Inves2004_02.pdf)>. Acesso em: 1 abr. 2016).

AGUILLAR, Fernando Herren. Controle Social dos Serviços Públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AKERLOF, George A; SPENCE, Michael; STIGLIZ, Joseph. Markets with Asymmetric Information. Disponível em: <[https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2001/advanced-economicsciences2001.pdf](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2001/advanced-economicsciences2001.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953.

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. As tarifas e as demais formas de remuneração no serviço público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Comentários ao art. 5º. In: DAL POZZO, Augusto Neves et al. (Coords.). Parcerias Público-Privadas: Teoria Geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

\_\_\_\_\_. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, João Amaral. As Propostas de Preço Anormalmente Baixo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública – III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ALMEIDA, Mário Aroso de. Contratos administrativos e regime de sua modificação no novo Código de Contratos Públicos. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. II.

\_\_\_\_\_. Apontamentos sobre o problema da repartição do risco e do reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão. In: Estudos em Homenagem a Rui Machete. Coimbra: Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. Contratos administrativos e regime de sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. II.

ALONSO, Eduardo Serrano. La confirmación de los negocios jurídicos. Madrid: Tecnos, 1976.

AMARAL, Antônio Carlos C. do. Agências reguladoras de Serviços Públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 14, maio/jun./jul. 2008.

\_\_\_\_\_. Concessão de Serviço Público. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. Revista do Advogado, São Paulo, n. 107, p. 25-32, dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Concessões de Serviço Público. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Coimbra, n. 65, p. 4, jan. 2007.

AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. TORGAL, Lino. Estudos sobre Concessões e Outros Actos da Administração (Pareceres). Coimbra: Almedina, 2002.

AMORIM, João Pacheco. O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos. Considerações sobre a Duração Máxima dos Contratos e Respetiva Prorrogação dentro e para lá desse Limite Temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública - IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

ANDRADE, Fernanda Alves. Eficiência na gestão dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, Ano 9, n. 101, mai. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=67073>>. Acesso em: 11 out. 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013.

\_\_\_\_\_. O dever de fundamentação expressa de actos administrativos. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. A Justiça Administrativa (Lições). 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 80).

\_\_\_\_\_. A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2010. v. I. (Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova Lisboa)

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro, 2007.

\_\_\_\_\_. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 263, p. 35-66, mai./ago. 2013 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96955>>. Acesso em: 12 abr. 2018;

\_\_\_\_\_. O Marco Regulatório dos Serviços Públicos. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, Ano 6, n. 27, set./out. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=50327>>. Acesso em: 25 out. 2017).

\_\_\_\_\_. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. Revisão Tarifária Substitutiva da Modelagem Econômica Licitada. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro. Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno. A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

\_\_\_\_\_; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007.

ARROWSMITH, Sue. The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK. 3. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2014.

ARRUÑADA, Benito. The Quasi-Judicial Role of Large Retailers: an Efficiency Hypothesis of Their Relation with Suppliers. Barcelona: Pompeu Fabra University, 2000. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=224583](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=224583)>. Acesso em: 25 mai. 2016.

ASTUDILLO, José Maria Fernández. Contratación Pública. Barcelona: Bosh, 2008. Tomo II.

AUBY, Jean-Bernard. Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere. Public Law, 2007.

AURÉLIO, Bruno. Novos paradigmas na relação Público-Privado: estudo de caso: as primeiras PPPs Mineiras. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte: Ano 3, n. 6, p. 149 - 167, jul./dez. 2014).

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AYALA, Bernardo Diniz De. O Poder de Modificação do Contrato Administrativo com Regime de Project Finance. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE). Revista de Contratos Públicos, Coimbra, n. 2, ago. 2011.

AZEVEDO, Maria Eduarda. As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública. Coimbra: Almedina, 2009.

BAKER, Russel; MCKENZIE, John. Project finance: the guide to financing Power projects. London: Euromoney Books, 1996.

BAKER, Tom; MOSS, David. Government and Risk Manager. In: MOSS, David; CISTERINO, John. (Orgs.). New Perspectives of Regulation. Cambridge: The Tobin Project, 2009.

BALBE, Ronald da Silva. Controle Interno voltado para resultados. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, Ano 12, n. 140, p. 42-63, out. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81601>>. Acesso em: 11 out. 2017.

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. LSE Law, Society and Economy Working Papers, n.º 15/2007. London School of Economics and Political Science. Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/23105/1/WPS2007-17BlackandBaldwin.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice. 2. Ed. New York: Oxford university Press Inc., 2012.

BANDEIRA, Paula Greco. Contrato Incompleto. São Paulo: Atlas, 2015;

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Concessão de Rodovias: alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras a pedido do poder público: possibilidades e limites. RDPE, Belo Horizonte, Ano 4, n. 15, p. 127, jul./set. 2006.

\_\_\_\_\_. Contratos administrativos: limites e possibilidade de alteração. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, Ano 13, n. 145, p. 46-55, jan. 2014.



BATTIGALLI, Pierpaolo; MAGGI, Giovanni. Contracting over time when writing is costly. 2001. Disponível em: <[https://www.academia.edu/1381986/Contracting\\_over\\_time\\_when\\_writing\\_is\\_costly](https://www.academia.edu/1381986/Contracting_over_time_when_writing_is_costly)> Acesso em: 25 mai. 2016.

BECH, Ulrich. La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

BELLANTUONO, Giuseppe. Contratti Incompleti e norme social, Rivista Critica del Diritto Privato, Bolonha, Ano 19, n. 2-3, p. 261, jun./set. 2001.

BÉNOIT, Francis Paul. Le Droit Administratif Français. Paris: Dalloz, 1968.

BERÇAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.

BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner C. The modern corporation and private property. Nova York: Macmillan, 1933.

BEZANÇON, Xavier. Essai sur les contrats de travaux et services publics. Paris: LGDJ, 1999.

BINDER, Christina. The Limits of Pacta Sunt Servanda in Internation Law. Munique: Max Planck Institute. Disponível em: <<http://www.mpil.de/files/pdf3/beitr2452.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma do Direito Administrativo. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 01, n. 02, p. 27-63, jan. 2005. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11615/9099>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. Poder de Polícia, Ordenação e Regulação. Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BING, Li; AKINTOYE, Akintola; EDWARDS, P. J.; HARDCASTLE, C. The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK. International Journal of Project Management, Reino Unido, n. 23, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de Serviços Públicos. Curitiba: Juruá, 2001.

BOBBIO, Norberto. Dalla Struttura ala Funzione: nuovi studi di teoria del diritto. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BORGES, Luiz F. X.; NEVES, Cesar das. Parceria público-privada: riscos e mitigação de riscos em operações estruturadas de infraestrutura. Revista do BNDDES, v. 12, n. 23, p. 73 - 118, jun. 2005.

BRANDÃO, Cláudio. O controle das omissões e do silêncio da Administração Pública. In: OSÓRIO, Fábio Medina; Souto e Marcos Juruena Villela (Coords.). Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRÉCHON-MOULÈNES, Cristine. L'effectivité de la concurrence dans es marches publics: les recours. In: AA.VV. L'Europe et lès marches publics. Paris: Eyrolles, 1994.

BRIGHMAN, Eugene F.; HOUSTON, Joel F. Administração financeira: teoria e prática. Tradução de José Nicolás Albuja Salazaqr e Suely Sonoe Murai Cucci. São Paulo: Thomas Learning, 2007.

\_\_\_\_\_; HOUSTON, Joel F. Fundamentos da Moderna Administração Financeira. São Paulo: Campus, 2002.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material dos contratos: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007.

BROGHAM, Eugene F.; HOUSTON, Joel F. Fundamentos da Moderna Administração Financeira. São Paulo: Campus, 2002.

BURNETT, Michael. Using Competitive Dialogue in EU Public Procurement – Early Trends and Future Developments. Disponível em: <[http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20100114121857\\_Eipascope\\_2009\\_2\\_Article2.pdf](http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20100114121857_Eipascope_2009_2_Article2.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2017.

CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1980.

CAGGIANO, Heloísa Conrado; BORDA, Daynara Baros Tajra. Análise do Mecanismo de Fluxo de Caixa Marginal em Contratos de Concessão a partir da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno. A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CALABRESI, Guido. The Cost of Accidents: a legal and economical analysis. New Haven: Yale University Press, 1970.

CALDERÓN, C.; Servén, L. Infrastructure in Latin America. Policy Research Working Paper. World Bank. 2010. Disponível em < <http://documents.worldbank.org/curated/en/206841468263714529/Infrastructure-in-Latin-America-Working-Paper>> Acesso em 11/03/2019.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado. Revista do BNDES, n. 41, p. 259-260, jun. 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Tarifa nas Concessões. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 10, n. 01, p. 155-200, jan./jun. 2014.

CAMPOS, Francisco. Direito administrativo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEN, E.; CLAPP, R.; CAMPBELL, W. M. Competitive bidding in high risk situations. Journal of Petroleum Technology, Amsterdam, v. 23, p. 641 - 653, jun.1971.

CAPOZOLI, Rosângela. Receita acessória aumenta ganho das concessionárias. Valor. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4792587/receita-acessoria-aumenta-ganho-das-concessionarias>>. Acesso em: 18 out. 2017).

CARPINTERO, Samuel; PETERSEN, Ole Helby. Risk allocation and time-delays in public-private partnership (PPP) projects: the experience of wastewater treatment plants in Spain. Disponível em:

<<http://www.bristol.ac.uk/media-library/sites/sps/migrated/documents/helbypetersen.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2016).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: GEN, 2016.

CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. 3. ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

CASSESE, Sabino. Derecho Administrativo: Historia y Futuro. Milão: Giuffrè, 2010.

\_\_\_\_\_. Istituzioni di Diritto Amministrativo. Milano: Giuffrè, 2009.

\_\_\_\_\_. Las Bases Del Derecho Administrativo. Madrid: INAP, 1994.

\_\_\_\_\_. L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, n. 3, p. 601-650, jul./set., 2001.

CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves Considerações sobre a Teoria dos Contratos Incompletos. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>>. Acesso em 22 ago. 2016.

CAUPERS, João. Contratação Pública e Concorrência. In: TRABUCO, Cláudia e EIRÓ, Vera. Coimbra. Contratação Pública e Concorrência (org.). Local: Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. Introdução ao Direito Administrativo. Lisboa: Âncora, 2013.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Freitas Bastos, 1967.

CHAPUS, René. Droit Administratif Général. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 1211 - 1215. T. 1.

CHEUNG, Steven N.S. Economic organization and transaction costs. In: EATWELL, Jonh; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (Org.). The new palgrave: a dictionary of economics. London: The Macmillan Press Limited, 1987. p. 56 - 57. v. 2.

CHEVALIER, Jacques. Le Droit Administratif entre Science Administrative Et Droit Constitutionnel. Disponível em: <[https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/31/jacques\\_chevallier2.pdf\\_4a028e63cb69e/jacques\\_chevallier2.pdf](https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/31/jacques_chevallier2.pdf_4a028e63cb69e/jacques_chevallier2.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2017.

\_\_\_\_\_. A governança e o Direito. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 3, n. 12, p. 129 - 146, out./dez.2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 23 out. 2017

CHEVALLIER, Jacques. L'État post-modern. 3. ed. Paris: LGDJ., 2008.

CHOAT, Rupert; SMITH, Paul. Construction Act Changes: Exclusion Order for PFI Subcontracts - A Missed Opportunity?. Construction Law International, v. 6, n. 3, out. 2011.

CHOHRA, Mohamed; SHIYU, Mu; HU, Cheng. PPP Risk Transfer Mechanism in the Specific Projects Case of MAGTAA Desalination Seawater Station in Algeria. Disponível em: <<http://www.wbiconpro.com/232-Chohra.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2016).

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. Economica, New Jersey, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

- \_\_\_\_\_. The firm, the market, and the law. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.
- COLLAÇO, J. Magalhães. Concessão de Serviços Públicos: sua natureza jurídica. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1914.
- COLLINS, Hugh. Regulating Contracts. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. The Law of Contract. 4. ed. New York: Cambridge University of Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. The Contract of Employment in 3D. In: CAMPBELL, David; MULCAHY, Linda; WHEELER, Sally (Org.). Changing concepts of contract: essay in honour of Ian Macneil. London: Palgrave Macmillan, 2016.
- COLOMA, German. Análisis Económico del derecho privado y regulatório. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001;
- COMPARATO, Fábio Konder & FILHO, Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and Economics. 4. ed. Addison Wesley: Longman, 2004;
- CORDEIRO, Antônio Menezes. Contratos Públicos. Subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. Coimbra: Almedina, 2007.
- \_\_\_\_\_. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007.
- \_\_\_\_\_. Subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. Coimbra: Almedina, 2007. p. 112. n. 2).
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 1987.
- CORSO, Guido. Il risultato nella teoria dell' azione amministrativa. In: IMMORDINO, Maria. Aristide Police (Org.). Principio di illegalità e amministrazione di risultati: Attidel Gonvegno Palermo 27-28 febbraio 2003. Torino: G. Giappichelli, 2004.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do “regime de Direito Administrativo” - A propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, Ano 13, n. 51, p. 69 - 70, jan./mar. 2013.
- COSSALTER, Phillipe. A Private Finance Initiative. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, Ano 2, n. 06, abr./jun. 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=12769>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- COSTA, Judith Martins. A cláusula hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. Revista dos Tribunais, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, p. 15, abr./jun. 2010.
- CRAIG, Paul. Administrative Law. London: Sweet & Maxwell, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 371;

\_\_\_\_\_. Teoria do Fato do Príncipe. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25735>>. Acesso em: 13 out. 2017).

DALLARI, Adilson Abreu. Contrato de Obra Pública - Circunstâncias que Determinam a Alteração do Projeto - Acréscimo de valor Superior a 25% do Valor Inicial do Contrato - Aditamento - Viabilidade Jurídica (Parecer). Interesse Público – IP, Belo Horizonte, Ano 6, n. 25, mai./jun. 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=50490>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Limites à alterabilidade do contrato de obra pública. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica. Boletim de Licitações e Contratos. Outubro, 1996. p. 469.

DAVIES, Anne C. L. The Public Law of Government Contracts. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DEKEL, Omer. Modification of a government contract awarded following a competitive procedure. Public Contract Law Journal, Washington, n. 38, p. 208 -209, p. 421, abr, 2009.

\_\_\_\_\_. Modification of a government contract awarded following a competitive procedure. Public Contract Law Journal, Washington, n. 38, p. 208 - 409, abr. 2009. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/25755714>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

DEVILLER, Jacqueline.Moran. Cours de Droit Administratif. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. In: CADERNOS de Direito e Cidadania II (IEDC). São Paulo: Artchip, 2000.

DIAS, Gabriela Figueiredo. Project Finance. Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (IDET). Coimbra: Almedina, 2011. p. 118. (Miscelâneas, n. 3).

DÍAS, José Ramón Cossío. Derecho y análisis econômico. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=247775>>. Acesso em: 06 out. 2017.

DIAS, Paulo Linhares. A execução dos contratos públicos na Diretiva 2014/24/EU. Revista de Contratos Públicos, Belo Horizonte, ano 6, n° 11, p. 110, jul./ago. 2017.

DIÓGENES, Aline Guimarães; MARTINS, Francisco Giuseppe Donato; GARCIA, Leonardo Lopes. Procedimentos de reajustes e revisões nos contratos de arrendamentos portuários operacionais de uso público: o caso da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp). Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, Ano 11, n. 132, p. 9-26, dez. 2012.

DOCA, Geralda; BECK, Martha. Pressionado por aliados, Temer adia privatizações. Jornal O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/pressionado-por-aliados-temer-adia-privatizacoes-21975858>. Acesso em: 22 out. 2017.

DREYFUS, Contribution a uma Theorie Générale des Contrats entre Personnes Publiques. Paris: L'harmattan, 1997.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

\_\_\_\_\_. Las ecuaciones de los contratos públicos. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

DUTRA, Pedro. A fiscalização dos serviços públicos privatizados. São Paulo: Jornal Gazeta Mercantil, 1998.

DYE, Ronald A. Costly contract contingencies. International Economic Review, Pensilvânia, n. 26, p. 233, fev. 1985.

EHLRICH, Pierre Jacques. Avaliação e seleção de projetos de investimento: critérios quantitativos. São Paulo: Atlas, 1997.

EISENBERG, Melvin A. Why There Is No Law of Relational Contracts. Evanston: University of Berkeley, 1994.  
Disponível em:  
<<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2725&context=facpubs>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

ENEI, José Virgílio Lopes. Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos: parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGLER, Gabriela M. Direito do Estado. Disponível em:  
<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriela-miniussi-engler-pinto/a-revolucao-silenciosa-o-fim-dos-limites-a-mutabilidade-dos-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Sobre silencio administrativo y recurso contencioso. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 47, p. 207-227, mai./ago., 1965.

ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Curso de Derecho Administrativo. 17. ed. Madri: Civitas, 2015.

ÉQUIGNOT, Georges. Théorie générale du contrat administratif. Paris: A. Pedone, 1945.

ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. Concessão de Serviços Públicos – que futuro? In: LÓPES-MUÑIZ, José Luís Martinez; QUADROS, Fausto de (Coord.). IV Colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo – Direito e Justiça. Lisboa: Católica, 2005.

\_\_\_\_\_. Direito Europeu dos contratos públicos: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. Requiem pelo Contrato Administrativo. Coimbra: Almedina, 1990.

\_\_\_\_\_. (Coord.) A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código de Contratos Públicos. 2016.  
Disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book\\_diretivaseuropeias2014eccp\\_icjp-cidp\\_0.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf). Acesso em: 03 abr. 2018.

FALLA, Garrido. La llamada doctrina del silencio administrativo. Revista de Administración Pública. Madrid, n. 16, p. 85 - 115, jan./abr., 1955.

FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. Regulação de Indústrias de Rede: entre flexibilidade e estabilidade. Revista de Economia Política, v. 27, n. 2, p. 261 - 280, abr./jun. 2007.

FERENZINI, Felipe Noronha. Contratações públicas como instrumento de combate à corrupção. Estadão. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/contratacoes-publicas-como-instrumento-de-combate-a-corrupcao/>. Acesso em: 03 abr. 2018.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O gestor do contrato e alterações das cláusulas contratuais. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 46, p. 6152-6157, out. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=31601>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação Estrutural entre Serviços de Telefonia e Limites ao Poder das Agências para Alteração dos Contratos de Concessão. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 1, n. 8, p. 220-227, out./dez. 2004.

FICI, Antonio. Il contratto incompleto. Torino: G. Giappichelli, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

FINNERTY, Jonh. Asset-based financial engineering. New York: Wiley, 1996.

FISCHER, Ronald. The PPP bidding process. Santiago: Universidad de Chile, 2012. Disponível em: <<https://www.theigc.org/wp-content/uploads/2014/08/Session-4-Ronald-Fischer.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2017.

FLYVBJERG, Bent. Megaprojects and Risk: an Anatomy of Ambition. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação? In: COUTINHO, Jacinto Nelson; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Os Fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FORTINI, Cristiana. Contratos Administrativos: franquía, concessão, permissão e PPP. São Paulo: Atlas, 2009.

FRANÇA, Maria A. de C. Repartição objetiva de riscos. 2001. 170 fls. Tese (Doutorado em direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

FREEMAN, Jody. Collaborative Governance in the Administrative State. New York: University Law Review, 2000. Disponível em: <<http://www.heinonline.org>>. Acesso em: 02 out. 2017.

FREITAS, Daniela Bandeira; VALLE, Vanice Regina Lírio (Coords.). Direito Administrativo e Democracia Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, Ano 15, n. 78, p. 15-27, mar./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92554>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena. O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (e as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício). Lisboa: AAFDL, 2007.

\_\_\_\_\_. Direito dos contratos públicos e administrativos. Lisboa: A.A.F.D.L, 2014.

\_\_\_\_\_. Os contratos de direito público da União Europeia no quadro do direito administrativo europeu. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 15, n. 59, 175-199, jul./set. 2017 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248440>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 15, n. 58, p. 199-239, abr./jun. 2017; ASSINI, Nicola; MAROTTA, Lucio. La concessione di opere pubbliche. Padova: CEDAM, 1981.

\_\_\_\_\_. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicas e a sua regulação. Interesse Público. Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, n. 101, p. 224, jan./fev. 2017).

\_\_\_\_\_. RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). Regulação e Novas Tecnologias. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FROUD, Julie. The private finance initiative: risk, uncertainty and the State, Accounting. Organization and Society, 2003. v. 28.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GALÍPOLO, Gabriel; HENRIQUES, Ewerton de Souza. Rentabilidade e Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GALLIGAN, Denis J. Due Process and Fair Procedures: a Study of Administrative Procedures. Oxford: Clarendon Press, 1996.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos de concessão. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro. (Orgs.). 20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

\_\_\_\_\_. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 3, n.5, p. 59 - 83, mar./ago.2014.

\_\_\_\_\_. A Mutabilidade nos Contratos de concessão: Aspectos Endocontratavaus e Procedimentais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Orgs.). O Direito Administrativo na Atualidade. Estudos em Homenagem ao Centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017.



\_\_\_\_\_. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: o Procedimento de Manifestação de Interesse. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 11, p. 67 – 79, abr./jun. 2013.

\_\_\_\_\_. As Parcerias Público-Privadas: prazo e prorrogação. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 69, p. 134-159, jul./2014 a jun./2015.

\_\_\_\_\_. Concessões, Parcerias e Regulação. São Paulo: Malheiros, 2019.

\_\_\_\_\_. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

\_\_\_\_\_. Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARCÍA, Jorge Sarmiento. Concesión de Servicios Públicos. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

GÁRCIA, Julio V. Gonzáles. El riesgo del concesionario como elemento central de las concesiones de obra pública. In: FALCÓN Y TELLA, Ramón; BLANCO, Cristina García-Herrera. Aspectos jurídicos de los mecanismos de financiación de infraestructuras. Ministério da Economia e Fazenda. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2008.

GASIOLA, Gustavo Gil. O fato do príncipe no sistema de tutela dos contratos administrativos. Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 78 – 79, set. 2014.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAUDEMET, Yves. Droit administrative. 19. ed. Paris: LGDJ, 2010.

GAUDIN, Jean-Pierre. Gouverner par Contrat: l’action publique en question. Paris: Presses de SciencesPo, 1999.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato Supremacia do Interesse Público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

GIANNINI, Massimo Severo. Diritto Amministrativo. Milão: Giuffrè, 1988. v. I.

GILARDI, Fabrizio. The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe. Annals of the American Academy of Political and Social Science. Estados Unidos, mar. 2005. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0002716204271833>. Acesso em: 25/02/2019.

GITMAN, Lawrence J. Princípios da Administração Financeira. 10. ed. São Paulo: Pearson; Addison Wesley, 2004.

GOETZ, Charles J; SCOTT, Robert E. Principles of relational contracts. Virginia Law Review, Charlottesville, v. 67, n. 6, p. 1089 - 1150, set. 1981.

GOLDBERG, Victor P. Readings in the Economics of Contract Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

GOMES, Antonieta Rosa. Da mutabilidade dos contratos administrativos. São Paulo: Terceira Margem, 2013.

GOMES, Carla Amado. A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos. In: GONÇALVES, Pedro (org). Estudos da Contratação Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 542. V. I.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Fabiana da Silva Viegas. Due diligence no direito tributário e empresarial. Disponível em: [http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/k212866.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212866.pdf). Acesso em: 14 dez. 2018.

GONÇALVES, Pedro Costa. Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise. In: ESTUDOS de Contratação Pública – III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória). Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. A regulação do mercado da contratação pública. Belo Horizonte: Fórum. Revista dos Contratos Públicos, 2013. n. 3. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=97112>. Acesso em 14 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. A relação jurídica fundada em contrato administrativo. Cadernos de Justiça Administrativa, Braga: CEJUR, n. 64, p. 40 - 41, jul./ag. 2007.

\_\_\_\_\_. Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato. Disponível em: [www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf](http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf). Acesso em: 15 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 11, n. 42, p. 141-169, abr./jun. 2013).

\_\_\_\_\_. Entidades Privadas com Poderes Públicos. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. O contrato administrativo (uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo). Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra, 2013.

GORDILLO, Augustín. Tratado de Derecho Administrativo. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo. 2003. p. XXII-21. t.2.

\_\_\_\_\_. Los contratos administrativos. Contratos administrativos. Buenos Aires: Astrea, 1988. t. 1.

GORDON, Daniel I. In the Beginning: the Earliest Bid Protests Filed with the US General Accounting Office. Law Review, Nottingham, v. 5, p. 147-164, 2004.

GRAF, Michael W. The determination of property rights in public contracts after “Winstar vs. United States”: where the Supreme Court left us? Natural Resources Journal, Novo México, v. 38, n. 02, p. 197 – 276, mar./jun. 1998.

- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. O Estado, a Empresa e o Contrato. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. As agências, essas repartições. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Instituição Toledo de Ensino. p. 61-115. 2011. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20046/conceitos\\_juridicos\\_indeterminados.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20046/conceitos_juridicos_indeterminados.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2019.
- GUASCH, J. Luis. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right. Washington D.C: The World Bank, 2004.
- \_\_\_\_\_. WBI Development Studies. Washington D.C: World Bank Institute, 2004.
- GUERINONI, Ezio. Incompletezza e completamento del contratto. Milano: Giuffrè, 2007.
- GUERRA, Alexandre. Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos – A eficácia Jurídico-Social como Critério de Superação das Invalidades Negociais. Coimbra: Almedina, 2016.
- GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GUETTIER, Christophe. Droit des contrats administratifs. Paris: Thémis, 2011.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, Ano 6, n. 24, p. 151-171, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55970>>. Acesso em: 22 abr. 2014.
- \_\_\_\_\_. Alocação de Riscos na PPP. In JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Parcerias Público-Privadas. Reflexões sobre os 10 anos da Lei n.º 11.079/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- \_\_\_\_\_. Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (Interpretação de Dispositivos da Lei n.º 8.666/93). São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. Alteração unilateral do contrato administrativo: exegese dos dispositivos da Lei n.º 8.666/93. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91 - 92. n. 814.
- \_\_\_\_\_. Concessão de Serviço Público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: <[https://www.google.com.br/search?q=fernando+vernalha+o+direito+administrativo+do+medo&rlz=1C1REZB\\_enBR751BR751&oq=fernando+vernalha+o+direito+administrativo+do+medo&aqs=chrome..69i57.4254j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com.br/search?q=fernando+vernalha+o+direito+administrativo+do+medo&rlz=1C1REZB_enBR751BR751&oq=fernando+vernalha+o+direito+administrativo+do+medo&aqs=chrome..69i57.4254j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- GUNTHER, Robert E. The Truth About Making smart Decisions. Nova Jersey: FT Press, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre Facticidade e Validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HADFIELD, Gillian. Of sovereignty and contract: damages for breach of contract by government. Southern California Interdisciplinary Law Journal, California, v. 8, n. 02, p. 467-537, mar.1999.

HARB, Karina Houat. A Revisão na Concessão Comum de Serviço Público. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 177).

HART, Oliver; MOORE, John. Foundations of incomplete contracts. Review of Economic Studies, Reino Unido, n. 66, p. 155, jan. 1999.

HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. Paris: Dalloz, 2002. p. 109.

HAWKING, Stephen W. Buracos negros: palestras da BBC Reith Lectures. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

HOEPFFNER, Hélène. La modification du contrat administratif. Paris: LGDJ, 2009.

HOFFMAN, Scott L. The Law and business of international Project finance: a resource for governments, sponsors, lenders, lawyers and project participants. 2. ed. Ardsley (NY, EUA) e Haia: Transnational Publishers and Kluwer Law International, 2001.

HUALDE, Alejandro Pérez. El concesionario de servicios públicos privatizados. Buenos Aires: Depalma, 1997.

HVIID, Morten. Long-term Contracts and Relational Contracts. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

IBAÑEZ, Santiago Gonzalez-Varas. El Derecho Administrativo Europeo. Instituto Andaluz de Administracion Publica, 2000.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. Corso di diritto amministrativo. Turim: Giappichelli, 2000. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JACOT, N. La notion de force majeure dans les contrats publics. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion. Contrats publics: Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal. Montpellier: Presses de la Faculté de Montpellier, 2006.

JÈZE, Gastón. Théorie Générale des Contrats de l'Administration. In : Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et à l'Étranger. Paris: Marcel Giard, 1930.

JODY, Freeman. Collaborative Governance in the Administrative State. University of California Law Review, Los Angeles, v. 45, n. 01, out. 1997.

JURKASAITIS, Guilherme Jardim. Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKASAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a Equação Econômico-Financeira das Concessões de Serviços Públicos: a questão da TIR. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. Reajuste de preços e garantias constitucionais. Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba, n. 61, p. 170, mar. 1999.

\_\_\_\_\_. Teoria das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 403.

\_\_\_\_\_; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.) Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN, Monica Spezia (Coords.) Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KATAOKA, Eduardo Takemi. A coligação contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Contratos sobre o exercício de poderes públicos: O Exercício Contratualizado do Poder Administrativo de Decisão Unilateral. Coimbra: Coimbra editora, 2011.

\_\_\_\_\_. O Diálogo Concorrencial. Coimbra: Coimbra, 2008. v. 1.

KLEIN, Vinicius. Os contratos empresariais de longo prazo: Uma análise a partir da argumentação judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

KNIGHT, Frank H. Risk, Uncertain, and Profity. Nova York: Palgrave MacMillan, 2002.

KRONMAN, Anthony Townsend. Paternalism and the Law of Contracts. Yale Faculty Scholarship Series. New Haven, 1983, Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1065](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1065). Acesso em 18 jan. 2018.

LABADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 15. ed. Paris: LGDJ 1999. v. 1.

LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. La Pérennité Contractuelle. Paris: LGDJ, 2005.

LAFFON, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. The Theory of Incentives I: The Principal-agent model. Disponível em: <https://gnunet.org/sites/default/files/Laffont%20%26%20Martimort%20%20The%20Theory%20of%20Incentives.pdf>. Acesso em: 06 out. 2017.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LATHAM, Peter S. The Sovereign Act Doctrine in the Law of government contracts: a critique and analysis. University of Toledo Law Review, Toledo, v. 7, n. 01, p. 29 - 58, set./nov. 1975.

LATOURNERIE, Dominique. Le Conseil d'État ("au nom du peuple français..."). Paris: Dalloz, 2005.

LAUBADÈRE, André de. Traité des Contrats Administratifs. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 1984. p. 406. T. 2.

\_\_\_\_\_. Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs. Paris: LGDJ, 1956. p. 24. T. III.

\_\_\_\_\_; FRANCK, Moderne; PIERRE, Devolvé. Traité des Contrats Administratifs. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 1984.

\_\_\_\_\_; MODERNE, Franck; DELVOLLÉ, Pierre. Traité des Contrats Administratifs. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984. p. 499. T. II.

LEFF, Arthur A. Contract as thing. Yale Faculty Schoty Scholarship Series. Paper 2827. New Haven, Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2827](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2827). Acesso em: 18 jan. 2018.

LEITÃO, Alexandra. Contratos Interadministrativos. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. Lições de direitos dos contratos públicos: parte geral. Lisboa: A.A.F.D.L, 2015.

\_\_\_\_\_. O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais. Disponível em: <[https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt.\\_das\\_circ.\\_contratuais-2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

LIMA, Carlos Marcio Campos; COELHO, Antonio Carlos. Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil. Revista de Administração Pública, Belo Horizonte, n. 49, p. 267 - 291, mar./abr. 2015.

LIMA, Mário Márcio Saadi. O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LIPARI, Nicolò. La formazione negoziale del diritto. Milão:Giuffrè, 1988. .

LOWE, Adolph. An economics knowledge: toward a science of the political economics. Nova York: M. E. Sharp, 1965.

MACAULAY, Stewart. Relational contracts floating ona a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein. Northwestern University Law Review, Chicago, v. 94, p. 775 - 804, mar. 1999-2000. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journal&handle=hein.journals/illr94&id=786>> Acesso em: 23 dez. 2018.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MACNEIL, Ian R. Relational Contract Theory: challenges and queries. Northwestern University Scholl of Law Review, Chicago, v. 94, n. 3, p. 881, jun. 2000.

\_\_\_\_\_. The new social contract: an inquiry into modern contractual relations. New Haven: Yale University, 1980.

MAÇÃS, Fernanda. A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). Estudos de Contratação Pública, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Concessões de Serviço Público. A Equação Econômico-Financeira dos Contratos. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessão de Serviço Público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas. Princípio da Atualidade. Reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 22, p. 123,1998;

\_\_\_\_\_. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

\_\_\_\_\_. Contratos Administrativos. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, Boletim de Licitações e Contratos, 2006.

\_\_\_\_\_. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 227, p. 105-109, jan/mar, 2002.

\_\_\_\_\_. Equilíbrio Econômico nas Concessões de Rodovias - Critérios de Aferição. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, n. 15, p. 192, out./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. Reajuste e revisão nas Parcerias Público Privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de. Parcerias Público Privadas: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_; LOUREIRO, Caio de Souza. O regime de controle e fiscalização das Parcerias Público-Privadas. O papel do Projeto Executivo. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Ano 11, n. 42, p. 81-107, abril./jun. 2013.

MARQUES, Francisco Paes. As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares. Coimbra: Almedina, 2001.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. Serviço Público, que Futuro? Coimbra: Almedina, 2009.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Modificación de los Contratos de Participación Público-Privada. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/154>>. Acesso em: 26 set. 2017.

MARTINS, Ana Gouveia. A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MARTINS, André. Sobre o Equilíbrio Financeiro das Concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Accionista: Uma Perspectiva Econômica. Revista de Contratos Públicos. Coimbra, n. 03, p. 5 - 25, set./dez., 2011.

MARTINS, Antônio. Project Finance e Medidas de Reequilíbrio Financeiro: uma nota analítica. Revista de Contratos Públicos, Belo Horizonte: Editora Fórum, Ano 4, n. 07, mar./ago, 2015.

MARTINS, Eliseu. (Org.). Avaliação de Empresas: Da Mensuração Contábil à Econômica. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Licínio Lopes. Empreitada de Obras Públicas. O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Econômico-Financeiro). Coimbra: Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. O equilíbrio económico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 1, n. 1, p. 199-240, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80268>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Filipa. O Project Finance no Código dos Contratos Públicos Português e no Direito da União Européia. Revista de Contratos Públicos, Belo Horizonte, Ano 3, n. 5, p. 115-116, mar./ago de 2014.

MARTY, Frédéric; TROSA, Sylvie; VOISIN, Arnaud. Les partenariats public-privé. Paris: La Découverte, 2006.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O Medo e o Ato Administrativo. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. Fórum Administrativo – FA, Ano 14, n. 155, p. 38 - 39, jan. 2014.

MASHAW, Jerry. Greed, Chaos & Governance: Using Public Choice to improve Public Law. New Haven: Yale University Press, 1997.

MATILLA, Francisco Javier Vásquez. La modificación de los contratos públicos. Navarra: Thomsom Reuters, 2015.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa: Comentários à Lei n.º 8429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAURER, Harmut. Direito Administrativo Geral. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MCMILLAN, Jonh, Governement procurement and international trade. Journal of International Economics, Amsterdam, v. 26, p. 291-398, mai. 1989.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Licitação e contrato administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Fontes diferentes

MELE, Eugene. Contratti delle pubbliche amministrazioni. Milão: Giuffré, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

\_\_\_\_\_. Grandes temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Pedro. A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas. Coimbra: Almedina, 2011.

MELO, Antônio Moreira Barbosa. A ideia de contrato no centro do universo jurídico-político. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). Estudos de Contratação Pública - I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.



MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico. A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MILGROM, P.; ROBERTS, J. Economics, Organization and Management. New York: Pilgrim Books, 1992.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed, 1985. t. 1.

MODESTO, Paulo. Contrato de gestão no interior da organização administrativa como contrato de autonomia. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, Ano 8, n. 30, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=69425>>. Acesso em: 16 out. 2017.

MONCADA, Luís Cabral. Consenso e Autoridade na Teoria do Contrato Administrativo. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012.

MONTEIRO FILHA, Dulce Correa; CASTRO, Marcial Pequeno Saboya. Project Finance para a Indústria: Estruturação de Financiamento. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 7, p. 107-124, dez. 2000.

MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Cours de droit administratif. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Mutações do Direito Administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Novas Mutações Juspolíticas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

\_\_\_\_\_. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockman. Riscos, Incertezas e Concessões de Serviços Públicos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 5, n. 20, p. 35 - 50, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49831>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

\_\_\_\_\_. As mutações contratuais nas telecomunicações: concessões que se transformam em autorizações. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/as-mutacoes-contratuais-nas-telecomunicacoes-concessoes-que-se-transformam-em-autorizacoes-18g70d2z0f062dx7g87qnmddac>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica do seu Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos

administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

\_\_\_\_\_. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, Vital. Administração autónoma e associações públicas. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

\_\_\_\_\_. Auto-Regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997.

MORENO, Natália de Almeida. Smart Grids Modelagem Regulatória de Infraestruturas. Rio de Janeiro: Synergia, 2015.

MORGAN, Ronald George. Identifying protected government acts under the Sovereign Acts Doctrine: a question of acts e actors. Public Contracts Law Journal, Estados Unidos, v. 22, p. 223 - 274, dez./fev. 1992.

\_\_\_\_\_. The Sovereign Acts Doctrine in the Law of Government Contracts. Disponível em: <<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a254270.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

NATAL, Tatiana Esteves. A Teoria dos Contratos Incompletos e a Natural Incompletude do Contrato de Concessão. Disponível em: <[http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004\\_056\\_TATIANA\\_ESTEVES\\_NATAL\\_10082009-17h08m.pdf](http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf)> Acesso em: 20 set. 2017.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato. Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coords.) Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NIGRO, Mario. Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel Bilancio di Dieci Anni di Giurisprudenza. In: ALLEGRETTI, Umberto; ORSO BATTAGLINI, Andrea; SORACE, Domenico. Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel Bilancio di un Decennio di Giurisprudenza. Rimini: Maggioli, 1987. t. II.

\_\_\_\_\_. Il nodo dela partecipazione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile, Mlião, v. 34, n. 1, p. 230, 1980.

NOBREGA, Marcos. Contratos Incompletos e Infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, Ano 7, n. 25, abr./jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Direito da Infraestrutura. São Paulo: Quartier Latin, 2001.

\_\_\_\_\_. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), Negotiauction e o Orçamento Sigiloso. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 11, n. 42, p. 125-139, jul./set. 2013;

\_\_\_\_\_. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI006.aspx?pdicntd=66032>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. Noções Fundamentais de Direito Administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

OLIVEIRA, Fernando Andrade. Contratos Administrativos e suas Alterações. Direito Administrativo na Década de 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Parceria Público-Privada: aspectos de direito público econômico. Belo Horizonte: Forum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parceria Público-Privada ao Desenvolvimento: uma abordagem necessária. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, v. 60, p. 83-112; jan./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os princípios gerais da contratação pública. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ORTIZ, Gaspar Arinõ. Teoria del Equivalente Economico em los Contratos Administrativos. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

OTERO, Paulo. Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1996/ano-56-vol-iii-dez-1996/doutrina/>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. In: CALDAS, Filipa Lemos (Coord.). Analogia em Direito Administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas. Lisboa: AAFDL, 2016.

\_\_\_\_\_. Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. O Poder de Substituição em Direito Administrativo: Enquadramento Jurídico-Constitucional. Lisboa: Lex, 1995. p. 171. v. II.

OUSA, Rui Pereira de. Contrato de concessão: perspectiva econômica, financeira e contabilística. Lisboa: Áreas, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015.

PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I – Parte General. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 1998.

PARISI, Francesco. Scuole e Metodologie nell'analisi economica del diritto. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2005/parisi1.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Os Contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1990.

PÉQUIGNOT, Georges. Théorie Générale du Contrat Administratif. Paris: Éditions A. Pédone, 1945.

PEREIRA JUNIOR, Jessé torres. Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_; DOTTI, Marinês Restelatto. A gestão da juridicidade dos contratos administrativos conforme as normas de regência – gerais, pregão, registro de preços e RDC. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, Ano 16, n. 192, p. 22 - 41, dez. 2017.

\_\_\_\_\_; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, Ano 8, n. 88, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57246>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

\_\_\_\_\_; DOTTI, Marinês Restelatto. Comentários ao RDC integrado ao sistema brasileiro de licitações e contratações públicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Paulo Pinto. Os contratos de gestão de eficiência energética no direito português e no direito da União Europeia: natureza jurídica e regime substantivo. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 3, n. 4, p. 189 - 219, set. 2013/fev. 2014.

PEREIRA, Pedro Matias; MACHADO, Carla. Modificação e resolução dos contratos públicos na (nova) diretiva europeia dos contratos públicos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, p. 190, set/fev. 2017.

PÉREZ, Antonio Hernández. El silencio administrativo en la ley de 18 de marzo de 1944. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 02, p. 131 - 142, mai./ago., 1950.

PÉREZ, José Ignacio Morillo-Velarde. El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido e unas posibilidades inéditas. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 159, p. 87 – 135, set./dez., 2002.

PEREZ, Marcos Augusto. A Administração Pública Democrática. Institutos de Participação Popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

\_\_\_\_\_. SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEYREFITTE, Alain. A Sociedade de Confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Tradução de Cyrene Bittencourt. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

PILLAY, Miranda Mayuri. The impact of pacta sunt servanda in the law of contract. Disponível em: <[https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/53181/Pillay\\_Impact\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/53181/Pillay_Impact_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 11 dez. 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005..

PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto. O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 2012.

PINTO, Gabriela M. Engler. O caso da anulação dos aditivos de 2006 pela ARTESP: seria diferente à luz da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro? Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/o-caso-da-anulacao-dos-aditivos-de-2006-pela-artesp-seria-diferente-a-luz-da-nova-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro/>. Acesso em: 06 out. 2018.

PIRES, José Cláudio Linhares; GIAMBIAGI, Fábio. Retorno dos novos investimentos privados em contextos de incerteza: uma proposta de mudança do mecanismo de concessão de rodovias no Brasil. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n. 04, p. 62-63, jul./ag, 2000.

PLESSIX, Benoît. L'Utilisation du Droit Civil dans l'Élaboration du Droit Administratif. Paris: Panthéon-Assas, 2003.

POSNER, Richard A. Economics analysis of Law. 6. ed. Aspen: Aspen Publishers, 2003.

PROBER, José Carlos. Tiroteio e Planejamento Empresarial. Jornal O Globo, Editorial, 25 set. 17.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. Lições de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 1976. p. 581. v. 1.

RAIMUNDO, Miguel Assis. A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência ajustada ao Interesse Público. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013.

REIS, Luciano Elias. Os limites das alterações qualitativas nos contratos administrativos. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 109-132, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=37239>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

RIBEIRO, Maurício Portugal. E se a lei e o contrato forem omissos sobre os critérios e as metodologias econômicas e financeiras aplicáveis ao contrato, como fazê-lo para reequilibrá-lo? Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/mauricio-portugal-ribeiro/e-se-a-lei-e-o-contrato-forem-omissos-sobre-os-criterios-e-as-metodologias-economicas-e-financeiras-aplicaveis-ao-contrato-como-fazer-para-reequilibra-lo>>. Acesso em: 11 abr. 2018)

\_\_\_\_\_. Caducidade de concessões e PPPs: notas sobre a conveniência e oportunidade de decisão para instauração do processo e sobre as formalidades para tanto. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/12/art20171212-01.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017).

\_\_\_\_\_. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p.136.)

\_\_\_\_\_. E se a lei e o contrato forem omissos sobre os critérios e as metodologias econômicas e financeiras aplicáveis ao contrato, como fazê-lo para reequilibrá-lo? Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/mauricio-portugal-ribeiro/e-se-a-lei-e-o-contrato-forem-omissos-sobre-os-criterios-e-as-metodologias-economicas-e-financeiras-aplicaveis-ao-contrato-como-fazer-para-reequilibra-lo>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. O que todo Profissional de Infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e ppps (mas os nossos juristas ainda não sabem In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

\_\_\_\_\_. Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/novo-pacote-de-infraestrutura-do-governo-dilma-15-erros-que-precisam-ser-corrigidos/>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Riscos de remoção, remanejamento e instalação de interferências e acidentes com interferências em concessões e PPPs. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 4, n. 6, p. 121-135, set. 2014/fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=231006>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: Fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Atlas, 2011.

RICHER, Laurent. Droit des Contrats Administratifs. 7. Ed. Paris: L.G.D.J, 2010.

\_\_\_\_\_. Les contrats administratifs. Paris: Dalloz, 1991.

RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

\_\_\_\_\_. Droit Administratif. 8. ed. Paris: Dalloz, 1977.

\_\_\_\_\_; WALINE, Jean. Droit Administratif. 21 ed. Paris: Dalloz, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Henrique Bastos. A Sociedade de Propósito Específico nas Parcerias Público-Privadas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 136, p. 21-33, 2006.

RODRIGUES, Nuno Cunha. A contratação pública como instrumento de política econômica. Coimbra: Almedina, 2013.

RODRIGUES, Pedro Nuno. A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas. Lisboa: Universidade Católica, 2012.

RODRIGUEZ, Libardo Rodriguez. El equilibrio económico en los contratos administrativos. Revista Derecho PUCP, Lima, n. 66, p. 73, jun. 2011.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

- SADDY, André. Silêncio administrativo no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- SAINZ MORENO, Fernando. Prerrogativas de la administración em la contratación administrativa. In: GARCIA, Benigno Pendas (coord). Derecho de los contratos públicos: estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Barcelona: Praxis, 1995.
- SALANIÉ, Bernard. The Economics of Contracts: A Primer. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano; SAULLO, Pedro Romualdo. Step-in rights e o regime de administração temporária no âmbito da Lei de Concessões. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 13, n° 49, abril/junho. 2015.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro. Curitiba: Juruá, 2002.
- SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCHIAVI, Pablo. La participación público-privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios relacionados en el Uruguay: primeras reflexiones sobre la Ley n.º 18.7861. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Schiavi-La-participacion-publico-privada-en-el-desarrollo-de-infraestructuras-y-servicios-relacionados-en-el-uruguay-Primeras-reflexiones-sobre-la-Ley-N-18.786.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2016).
- SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.182-205.
- SCHIND, Rafael Wallbach. Transferência das Concessões e do Controle Acionário das Concessionárias: Cabimento, Aprovação Prévia e Requisitos Necessários. In: CARVALHO, André Castro e CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (coord.) Manual de Project Finance no Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.
- \_\_\_\_\_. Aspectos Jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 3, n° 2, p. 197 - 216, out./dez. 2005.
- SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação. São Paulo: Almedina, 2016.
- SCHWARTZ, Alan. Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies. The Journal of Legal Studies, Chicago, v. 31, n. 2, p.jun. 1992.
- SCHWARTZ, Joshua Ira. Liability for Sovereign Acts: congruence and excepcionalism in government contracts law. The George Washington Law Review, Washington, v. 64, n. 04, p. 633 - 702, abr. 1996.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. Transferência das Concessões e do Controle Acionário das Concessionárias: Cabimento, Aprovação Prévia e Requisitos Necessários. In: CARVALHO, André Castro e CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (coord.). Manual de Project Finance no Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SCOTT, Robert. E. Conflict and cooperation in long-term contracts. California Law Review, Berkeley, v. 75, n. 6, p. 2005-2054, dez. 1987.

SIDOU, José Maria Othon. Resolução Judicial dos Contratos (Cláusula Rebus Sic Stantibus) e Contratos de Adesão no Direito Vigente e no Projeto de Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. Incerteza, racionalidade limitada e comportamento oportunista: um estudo na indústria brasileira. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/RAM/article/viewFile/3520/3963>>. Acesso em: 21 set. 2017.

SILVA, Ângelo Henrique Lopes. Preço de reserva sigiloso em licitações públicas. Disponível em: <[http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Premio2011\\_Tema\\_2\\_3.pdf](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Premio2011_Tema_2_3.pdf)>. Acesso em: 09 mai. 2018.

SILVA, Fabiane Tessari. Alocação de riscos em contratos de concessão comum e de PPPs – do *rebus sic stantibus* ao *pacta sunt servanda*? Revista de Contratos Públicos, Belo Horizonte, Ano 3, n. 05, p. 41-42;45, mar./ago. 2014.

SILVA, Fernando Oliveira. A Regulação dos Contratos Públicos. Modelo para uma Autoridade Reguladora. Coimbra: Almedina, 2016.

SILVA, Jorge Andrade da. Código dos contratos públicos comentado e anotado. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. Código dos Contratos Públicos. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SILVA, Rodrigo Crelier Zambão. Cooperação e eficiência nos contratos públicos: abordagem normativa e o papel da Advocacia Pública. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. XXIV, p. 45-88, nov. 2015.

SILVA, Suzana Tavares. Direito Administrativo Europeu. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. Um Novo Direito Administrativo? Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1996.

SIMON, Herbet A. Administrative Behavior. 2. ed. New York: Macmillan, 1957.

SOARES, Rogério Ehrhardt. Coimbra: Almedina, 1981.

SOMERVILLE, Iain; MROZ, Jonh Edwin. Novas tendências para um novo mundo. In: Organização do Futuro: como preparar hoje as empresas de amanhã. 2. ed. São Paulo: Peter Drucker Foundation, 1997.

SORRENTINO, Giancarlo. Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato. Napoli: Scientifica, 2003.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2009. . p. 154 - 155. T. III.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



- \_\_\_\_\_. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- \_\_\_\_\_. Direito Administrativo das Parcerias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SOUZA, Marcelo Rebelo. O concurso público na formação do contrato administrativo. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994.
- SPASIANO, Mario R. Funzione amministrativa e legalità di risultato. Torino: Giappichelli, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013.
- \_\_\_\_\_. (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. Disponível em: <[http://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/cheega-de-axe-no-direito-administrativo\\_a\\_21667314/](http://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/cheega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/)>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. Direito Público e Regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (Org.). Regulação no Brasil. Uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- \_\_\_\_\_. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39.
- \_\_\_\_\_.; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013).
- \_\_\_\_\_.; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C, Belo Horizonte, Ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011.
- \_\_\_\_\_. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SZTAN, Rachel. Supply chain e incompletude contratual. Disponível em: <[www.revistassistemas.com.br/index.php/systemas/article/view/PDFInterstitial/10/11](http://www.revistassistemas.com.br/index.php/systemas/article/view/PDFInterstitial/10/11)>. Acesso em: 06 set. 17.
- TÁCITO, Caio. Contrato Administrativo - Revisão de Preço - Teoria da Imprevisão. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 155, n. 615-616, p. 97 - 103, 1957.
- \_\_\_\_\_. Contrato Administrativo. Alteração Quantitativa e Qualitativa. Limites de Valor. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica. Boletim de Licitações e Contratos. Março, 1997.
- \_\_\_\_\_. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. I.
- \_\_\_\_\_. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. In: TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- \_\_\_\_\_. Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TAMAROWSKI, Claudia. Project Financing e Opere Pubbliche in Italia. Il settore dele costruzioni. Milano: EGEA, 2001.

TOLOSA FILHO, Benedicto. Lei das Concessões e permissões de serviços públicos comentada e anotada. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

TORGAL, Lino. Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras. Revista de Contratos Públicos, Coimbra: Cedipre, n. 01, p. 242, jan./mar. 2011.

TORNO, Joaquim. Discrecionalidad e intervención administrativa econômica. In: MARTÍNEZ, Eduardo Hinojosa; DOMINGUEZ, Nicolás Gonzáles-Deleito (Orgs.). Discrecionalidade administrativa y control judicial. Madri: Civitas, 1996.

TREUMER, Steen. Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement directive. In: Public Procurement Law Review, Nottingham, v. 3.

TRIANIS, G. Unforeseen Contingencies: Risk Allocation in Contracts. In: BOUCKAERT, B.; DE GEEST, G. (Orgs.). Encyclopedia of Law and Economics. Gante: Edward Elgar, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999.

TUTUNGI JÚNIOR, Nicola; SILVA, Rodrigo Crelier Zambão (org.). Direito Administrativo: Eficiência e Prevenção na Administração Pública. Rio de Janeiro: APERJ, 2016.

VALDIVIA, Salvador Martín. El silencio administrativo como garantía de los derechos de los particulares. Un análisis comparativo de la nueva regulación legal de la institución. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 149, p. 423 - 456, mai./ago., 1999.

VALIATI, Thiago Priess. O sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação do contrato complementada pela regulação por agência. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, vol. 8, p. 23-58, jan/mar. 2019.

VARELA, J. M. Antunes. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VEDEL, Georges. Droit Administratif. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. t. 1.

\_\_\_\_\_; DELVOVÉ, Pierre. Droit Administratif. 11. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 408. T. 1.

VIANA, Cláudia. Os Princípios Comunitários na Contratação Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

VIANA, Felipe Benedito; SOUZA, Henrique Carvalho; BRANDÃO, Renan Essucy Gomes. A utilização de plano de negócios como ferramenta de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de Concessão de Rodovias. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 46, p. 173-174, dez. 2016.

VINCENT-JONES, Peter. The regulation of contractualisation in quase-markets for public services. Oxford: Public Law, 1999.

\_\_\_\_\_. The new public contracting regulation, responsiveness, relationality. Oxford: Oxford University Press, 2006.

VIEIRA, André Luís. Gestão de contratos administrativos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, Ano 3, n. 5, p. 9 - 32, mar./ago. 2014.

VILAR, Helen Louize Lima Marques. Inexecução do contrato administrativo. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, Ano 10, n. 112, 50-55, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=72753>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

VINCENT, D. Bidding off the wall: why reserve prices may be kept secret. Journal of Economic Theory, Berlim, n. 65, p. 575-584, abr. 1995.

VINTER, Graham. Project Finance: a legal guide. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1998.

WALD, Arnaldo. Curso de Direito civil. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. Pedido de recomposição de preços formulado em virtude de subempreitada após a extinção do contrato. Revista Brasileira de Direito Comercial, Belo Horizonte, Ano I, n. 3, p. 9, fev./mar. 2015.

\_\_\_\_\_. MORAES, Luíza Rangel; WALD, Alexandre de M. O Direito de parceria e a nova lei geral de concessões comuns: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WALINE, Jean. Droit Administratif. 9. ed. Paris: Sirey, 1963.

WEI, Yan. Regulating Municipal Water Supply Concessions: Accountability in Transitional China. Londres: Springer, 2014.

WHITFORD, William C. Contract Law and the Control of Standardised Terms in Consumer Contracts: An American Report. European Review of Private Law, Europa, n. 3, p. 193-210, 1995.

\_\_\_\_\_. MACAULAY, Stewart. The development of contracts: law in action. Disponível em: <[https://www.templelawreview.org/lawreview/assets/uploads/2016/01/Macaulay-\\_Whitford-87-Temp.-L.-Rev.-793.pdf](https://www.templelawreview.org/lawreview/assets/uploads/2016/01/Macaulay-_Whitford-87-Temp.-L.-Rev.-793.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2017.

WILLIAMSON, O. E. The Economic Institution of Capitalism: firmas, markets, relational contracting. New York: Free Press, 1985.

ZIGLER, Michael L. Taking Law and the contract clause: a taking Law approach to legislative modification of public contracts. Stanford Law Review, Stanford, v. 36, n. 6, p. 1.447-1.484, jun.1984.

ZIMMERMAN, Reinhard. El carácter europeo del Derecho Inglés. Relaciones históricas entre Civil Law y Common Law, Estudios de Derecho privado europeo. Madrid: Civitas, 2000.

ZYLBERSTAIN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

## ÍNDICE

<b>CAPÍTULO 1: INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
1.1 Objeto da Investigação.....	11
1.2 Delimitação do Objeto.....	14
1.3 Plano de Investigação.....	17
<b>CAPÍTULO 2 - A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E O SEU IMPACTO NA MUTABILIDADE.....</b>	<b>22</b>
2.1 A evolução histórica dos contratos de concessão.....	22
2.2 Os contratos de concessão contemporâneos: a sua nova configuração e relação direta com a mutabilidade.....	27
2.2.1 A dimensão regulatória dos contratos de concessão.....	28
2.2.1.1 A margem de autonomia da regulação do contrato de concessão.....	33
2.2.1.2 A regulação por contrato e o grau de flexibilidade.....	37
2.2.1.3 A procedimentalização da mutabilidade na regulação do contrato concessional.....	40
2.2.2 A alocação de riscos.....	42
2.2.2.1 A teoria das áleas e a evolução para alocação dos riscos.....	42
2.2.2.2 A alocação contratual dos riscos e a sua metodologia.....	47
2.2.2.3 As consequências de uma inadequada alocação contratual dos riscos.....	53
2.2.2.4 Os riscos e a mutabilidade endocontratual.....	56
2.2.3 A regulação de resultados nos contratos de concessão.....	57
2.2.4 A construção dialógica do contrato de concessão.....	69
2.2.4.1 Os instrumentos dialógicos e o contrato de concessão.....	74
2.2.4.2 Os reflexos da concepção dialógica do contrato concessional na mutabilidade.....	80
2.2.5 A concepção multilateral do contrato de concessão.....	86

2.2.5.1 A multilateralidade e a mutabilidade.....	92
2.2.5.2 Um exemplo de mutabilidade multilateral: as concessões de aeroportos.....	95
2.2.6 Os contratos de concessão à luz da Análise Econômica do Direito.....	97
2.2.6.1 A teoria dos contratos incompletos.....	98
2.2.6.1.1 A incompletude dos contratos concessionais e a mutabilidade.....	103
2.2.6.2 A teoria dos contratos relacionais.....	110
2.2.6.2.1 A natureza relacional dos contratos de concessão e a mutabilidade.....	116
2.2.6.3 As Agências Reguladoras e os contratos de concessão incompletos e relacionais.....	122
2.2.6.3.1 A regulação por contrato e a regulação por Agência....	123
2.2.6.3.2 A função interpretativa e integrativa da Agência nos contratos de concessão incompletos e relacionais.....	129
<b>CAPÍTULO 3 – A MUTABILIDADE E AS CAUSAS TRADICIONAIS DE MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO.....</b>	<b>138</b>
3.1 Uma contextualização inicial da mutabilidade: histórico e fundamentos.....	138
3.2 O ius variandi.....	143
3.2.1 A reponderação do interesse público.....	147
3.2.2 A procedimentalização do ius variandi.....	150
3.3 A Teoria da Imprevisão.....	156
3.3.1 A aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão.....	164
3.3.2 A imprevisão na previsão.....	170
3.4 O Fato do Príncipe.....	182
3.5 O Fato da Administração.....	197
3.6 As Sujeições Imprevistas.....	200
3.7 Caso Fortuito e Força Maior.....	204
3.8 As alterações bilaterais e as suas mais variadas causas.....	206
3.9 As causas tradicionais de modificação dos contratos de concessão à luz da realidade contemporânea.....	210

<b>CAPÍTULO 4 - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E A MUTABILIDADE.....</b>	<b>214</b>
4.1 Aspectos conceituais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.....	214
4.2 Equilíbrio Econômico-Financeiro e Riscos.....	226
4.3 Equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio nos contratos de concessão.....	231
4.3.1 Desequilíbrio e Reequilíbrio: completudes, incompletudes e aspectos procedimentais.....	234
4.3.2 Medidas e parâmetros para recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.....	244
4.3.2.1 O Plano de Negócios.....	248
4.3.2.2 O Caso Base.....	250
4.3.2.3 Estudo de Caso – As concessões de rodovias do Estado de São Paulo.....	253
4.3.2.4 A Taxa Interna de Retorno (TIR).....	255
4.3.2.5 O fluxo de caixa marginal.....	258
4.3.3 As medidas antecipatórias de preservação do equilíbrio econômico-financeiro.....	260
4.3.3.1 O reajuste.....	260
4.3.3.2 A Revisão Ordinária.....	264
4.4 A importância do prazo na conformação do equilíbrio econômico-financeiro e a sua delimitação temporal na lei e no contrato.....	268
4.4.1 A prorrogação do prazo nos contratos de concessão: pressupostos, fundamentos e requisitos.....	274
4.4.2 A prorrogação do prazo como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão.....	280
4.4.3 A formalização da prorrogação do prazo.....	282
 <b>CAPÍTULO 5. LIMITES MATERIAIS À MUTABILIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO.....</b>	 <b>286</b>

5.1 O princípio da concorrência.....	286
5.2 O princípio da intangibilidade do objeto.....	293
5.3 O Direito Europeu e os parâmetros substantivos conformadores da mutabilidade: a proteção da concorrência na fase contratual.....	296
5.3.1 As modificações que podem ser introduzidas sem nova licitação.....	300
5.3.1.1 As modificações que tenham sido previstas no edital.....	300
5.3.1.2 A modificação decorrente da necessidade de obras ou serviços adicionais.....	302
5.3.1.3 As modificações decorrentes da imprevisibilidade.....	305
5.3.1.4 As modificações subjetivas do cocontratante.....	308
5.3.1.5 As modificações que não sejam substanciais.....	311
5.3.2 As modificações de valor que podem ser introduzidas sem nova licitação.....	311
5.3.3 As modificações substanciais que não podem ser introduzidas sem nova licitação.....	312
5.3.3.1 As modificações substanciais que alterariam a regra do jogo.....	314
5.3.3.2 As modificações substanciais que alterariam o equilíbrio econômico-financeiro a favor do cocontratante.....	315
5.3.3.3 As modificações substanciais que alargam o âmbito da concessão.....	316
5.3.3.4 As modificações substanciais subjetivas.....	317
5.3.4 Reflexões sobre a regulação europeia da mutabilidade.....	318
5.4 A mutabilidade no Direito brasileiro e os limites materiais.....	323
5.4.1 A ausência de uma regulação normativa sistêmica sobre mutabilidade nos contratos de concessão.....	323
5.4.2 A inexistência de limite de valor para a modificação dos contratos de concessão.....	325
5.4.3 O princípio da atualidade e a sua vinculação com a mutabilidade.....	330
5.4.3.1 A atualidade na vertente da incorporação de novas tecnologias.....	331
5.4.3.2 A atualidade na vertente da melhoria e expansão do objeto.....	336
5.4.4 Os parâmetros da Decisão 215/99 do Tribunal de Contas da União para aferição dos limites materiais da mutabilidade nos contratos de concessão.....	339

5.4.5 O controle procedimental dos limites materiais da mutabilidade.....	343
5.4.6 A alteração subjetiva e seus limites.....	345
5.4.6.1 A transferência do contrato de concessão e a transferência do controle acionário.....	346
5.4.6.2 O <i>step in rights</i> e a assunção do controle acionário pelo financiador.....	356
<b>CAPÍTULO 6 – CONCLUSÕES.....</b>	<b>363</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>374</b>