

# A DIVISÃO DE RISCOS E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO ESTADO REGULADOR

Tatiana Esteves Natal\*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Breves notas sobre a concessão de serviço público no direito brasileiro. 3. A regulação tarifária. 4. A divisão objetiva de riscos nos contratos de concessão. 5. Uma nova perspectiva sobre o Princípio do Equilíbrio Econômico e Financeiro. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

No Brasil, a noção de serviço público e a forma de sua delegação tiveram sua base construída segundo o modelo francês. Foi de lá que trouxemos a idéia de que os serviços públicos, quando assim considerados, são atividades de titularidade do Estado e que, quando prestados por particular, o serão através de uma delegação contratual, por instrumento específico, de natureza mista – contratual e regulamentar. Da construção pretoriana do Conselho de Estado francês, trouxemos, assim, o conceito de concessão de serviço público, bem como a idéia do direito do delegatário à manutenção de um equilíbrio econômico financeiro na relação contratual celebrada com a Administração Pública.

Não obstante a tradição adotada, o estudo sobre os serviços públicos e sua delegação no direito brasileiro deve ser feito através de um olhar mais íntimo, que considere as peculiaridades de nossa história. Não podemos esquecer que, apesar das inúmeras controvérsias e impasses, entre outubro de 1991 e março de 1999, o Estado foi retirado da quase totalidade dos setores econômicos dos quais manteve monopólio durante várias décadas, incluindo mineração, eletricidade, ferrovias, portos, rodovias, telecomunicações, águas, esgotos e bancos. Acontece que, diante da premência de sua realização, essa necessária mudança de papel do Estado Prestador ao Regulador não foi realizada de forma ideal: estatais foram privatizadas e a gestão de diversos serviços públicos concedida antes que seus marcos regulatórios e políticas tarifárias fossem estabelecidos. A preocupação com a modicidade tarifária apenas se deu em um momento posterior ao da assinatura dos contratos de concessão, por meio de regulação tarifária, o que resultou na

\* Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

impossibilidade da manutenção exata das condições previstas inicialmente naqueles contratos de concessão frente à mudança da política regulatória daqueles setores<sup>1</sup>.

Ao final desse processo de privatização, desenhou-se, portanto, na ordem jurídica brasileira, um regime de concessão que, por um lado, manteve a tradição francesa, na qual a titularidade do serviço permanece nas mãos do Estado que o delega contratualmente a um particular, sob a garantia de manutenção da equação financeira inicial – e, de outro, trouxe dos modelos americano e inglês as bases para a regulação dos serviços concedidos, por meio de políticas de incentivos. A aproximação e a mistura de tais modelos, na forma realizada no Brasil, gerou perplexidades e dificuldades: como praticar política tarifária de incentivo, cujas bases não foram previamente estabelecidas no contrato de concessão, e, ao mesmo tempo, atender ao comando constitucional de manutenção das condições iniciais da proposta? Como deixar de fazer política tarifária em nome de um conceito estático de manutenção da equação financeira inicial, quando as bases do próprio mercado (competição e avanço tecnológico) se alteram? São esses pontos que pretendemos abordar no presente estudo.

## 2. Breves Notas sobre a Concessão de Serviço Público no Direito Brasileiro

No Brasil, a concessão de serviços públicos é matéria constitucional, dispondo o artigo 175 da Constituição Federal o seguinte:

“Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único - A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

O dispositivo constitucional acima transcrito prevê, portanto, duas modalidades de prestação de serviços públicos: a prestação direta e a delegada. A gestão direta de serviços públicos é realizada pela própria Administração Pública, sem

<sup>1</sup> A autora realizou estudo concreto sobre a alteração do marco regulatório e sua consequência em relação aos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica, o qual integra o capítulo VI da dissertação de mestrado defendida perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, disponível na Biblioteca daquela universidade.

intermediação contratual. Já a gestão delegada se dá mediante celebração de contratos de concessão e permissão<sup>2</sup>.

A Constituição não estabelece maiores detalhes quanto ao objeto, à forma e ao regime jurídico da concessão e da permissão, ressaltando, todavia, o fato de se subordinarem à forma contratual. Segundo o dispositivo constitucional, a lei disporá o regime das empresas concessionárias e permissionárias, o caráter especial de seu contrato, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviços adequados. A lei federal que disciplinou o art. 175, CRFB, foi a Lei nº 8987/95 - Estatuto Federal das Concessões e Permissões – que, em seu art. 1º, assim estabeleceu:

“Art. 1º - As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do artigo 175, da *Constituição Federal*, por esta lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos. Parágrafo Único - A União, os Estados, o *Distrito Federal* e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta *Lei*, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades de seus serviços”.

Não obstante a ampla discussão acerca da distinção entre os institutos da concessão e da permissão, interessa-nos, no presente estudo, observar que a forma de delegação de serviço público exclusivo a um particular, por esses instrumentos jurídicos se faz por contrato.

Nos contratos de concessão e permissão, o particular não presta um serviço para a Administração. Ele recebe, por delegação contratual, a tarefa de prestar um serviço público diretamente à população, por prazo determinado. Esse prazo será importante para a fixação do valor da tarifa a ser cobrada dos usuários e a determinação do tempo necessário para amortizar o capital investido. Trata-se de negócio econômico, e, portanto, os particulares somente se sentirão atraídos se vislumbrarem neste garantias contratuais capazes de gerar a segurança jurídica necessária à sua execução, especialmente, quanto às condições econômicas acordadas com o Poder Público.

O contrato de concessão possui uma dupla natureza – regulamentar (cláusulas regulatórias ou “de serviço”) e contratual (cláusulas contratuais ou financeiras). As cláusulas contratuais regulam as prestações recíprocas entre o Poder Concedente e o concessionário, das quais se extrai uma equação econômica para a execução

<sup>2</sup> Com relação à autorização prevista no art. 21, X a XII, CRFB, entendemos que não é forma de delegação de serviços públicos, e sim ato de poder de polícia de consentimento, exercido sobre aquelas atividades que, apesar de inseridas nos mesmos dispositivos que tratam dos serviços públicos exclusivos, são de interesse do empresário, não tendo a relevância, a abrangência e o interesse social necessários para serem tratadas como serviços públicos. Para uma abordagem mais completa do tema, sugerimos a leitura de ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

do contrato. As cláusulas regulatórias estabelecem as regras determinadas pela Administração Pública para a exploração do serviço, que são modificáveis ao longo da vigência da concessão.<sup>3</sup>

Ao contratar com a Administração Pública, o concessionário está ciente de que o interesse prevalecente é o interesse público primário, qual seja, o de que os usuários recebam serviços de melhor qualidade, aos preços mais baixos possível. Para tanto, é necessário que o contrato de concessão se submeta a um regime jurídico específico, pelo qual é facultado à Administração Pública exercer os chamados poderes exorbitantes, alterando, quando necessário, unilateralmente as cláusulas regulamentares. Essa possibilidade de modificação dos contratos de concessão em razão do interesse público consubstancia-se em um princípio inerente ao regime jurídico dos serviços públicos, denominado pela doutrina como Princípio da Mutabilidade do Regime Jurídico. Esse princípio notícia, caso necessário para a adequada prestação dos serviços públicos, que as cláusulas regulamentares dos contratos de concessão poderão ser modificadas pelo Poder Concedente de acordo com o interesse público, respeitado um limite quantitativo e qualitativo que não desnature seu objeto.

Esse direito de modificação unilateral dos contratos de concessão não é, contudo, incondicionado. Conforme acima destacado, a concessão de serviço público se dá por contrato de exploração de atividade econômica por um particular e, como qualquer atividade contratual, o equilíbrio de suas prestações é condição necessária a sua realização. Assim sendo, havendo alterações unilaterais feitas em favor do interesse público, estas deverão ser compensadas de modo a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Não foi por outra razão que o art. 9, §4º da Lei nº 8.987/95 dispôs que:

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

### **O Princípio constitucional da tutela do equilíbrio econômico financeiro enquanto equação econômica inicial**

A relação jurídica material estabelecida entre Poder Concedente e concessionária de serviço público se materializa através de um contrato trilateral e oneroso. Isso significa que, neste tipo de negócio jurídico, as partes contratantes têm direitos e obrigações recíprocos e que, diante do sacrifício patrimonial suportado pela concessionária, ela terá direito à obtenção de uma determinada vantagem previamente estipulada, equivalente aos investimentos realizados e à legítima expectativa de lucro.

É a partir da análise desses direitos e obrigações das partes contratantes, que se chega à equação de encargos-retribuições que informa os contratos de concessões e cuja manutenção ao longo de sua vigência deve ser respeitada.

<sup>3</sup> TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: [s.n.], jan./mar., 1961.

Com efeito, frente à necessária mutabilidade dos contratos de concessão diante do interesse público, a garantia do equilíbrio econômico do aludido contrato constitui segurança mínima e indispensável à atração de capitais privados para a execução dos serviços públicos. Conforme destacou CAIO TÁCITO<sup>4</sup>: “O equilíbrio financeiro, ou, conforme a terminologia consagrada, o princípio da equação financeira dos contratos tem a função dinâmica de garantir, mediante o justo regime de tarifas razoáveis, a continuidade e melhoria do serviço concedido. É, ao mesmo tempo, a preservação do interesse de ambas as partes – investidor e usuário – na segurança da qualidade e expansão do serviço concedido. A deterioração do capital mal remunerado é um processo indireto de confisco da propriedade, e a insuficiência tarifária representa a omissão do concedente em possibilitar a regularidade no funcionamento do serviço público. A concessão de serviço público, tal como sua execução direta pelo Estado, é governada pela observância de princípios essenciais, entre os quais sobreleva o princípio da legalidade que submete a atividade praticada, tanto pelo concessionário como pelo concedente, ao domínio das normas de direito, emitidas pelo legislador ou a autoridade regulamentadora. Ambas as competências são comandadas pelo princípio da finalidade e que se endereça a norma de direito e têm como objetivo o princípio da continuidade do serviço público, sem o qual não estará garantida a efetiva disponibilidade da prestação, em benefício do usuário. Daí porque aos deveres impostos ao concessionário no sentido de oferecer um serviço adequado correspondem direitos fundamentais que permitam o desempenho regular da obrigação assumida”. Prossegue o autor afirmando que “o preço da perda de rentabilidade pela insuficiência tarifária, ou ausência de outra forma compensatória, é a deterioração qualitativa do serviço, expressa na sobrecarga das instalações, na paralisia do crescimento, na defasagem do avanço tecnológico e até mesmo nas interrupções de fornecimento”.

No Brasil, o direito do concessionário à preservação do equilíbrio econômico-financeiro foi positivado no art. 37, XXI, de nossa Constituição Federal, com a seguinte redação:

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

Como bem destacou MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>5</sup>, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é verdadeiro princípio constitucional, que se relaciona com

<sup>4</sup> TÁCITO, Caio. *Concessão de energia elétrica – Tarifas – Equilíbrio Financeiro*. In Revista de Direito Administrativo nº 203, jan./março de 1996: p.408-409.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, P. 337.

três postulados assegurados por nossa Constituição: a Indisponibilidade do Interesse Público (manifestação dos Princípios da República e da Moralidade Administrativa), a Isonomia e a Proteção da Propriedade Privada.

A Indisponibilidade do Interesse Público decorre da própria submissão do contrato de concessão ao regime jurídico administrativo, exorbitante ao direito comum, que legitima alterações unilaterais desse tipo de pacto quando necessário ao atendimento das demandas da coletividade. A Isonomia faz-se presente pela obrigatoriedade de revisão das cláusulas contratuais nas hipóteses de alterações das cláusulas de serviço, seja por fatos extraordinários, seja por ato da Administração *latu sensu*. Por fim, a proteção à propriedade privada decorre da própria garantia às condições iniciais da proposta, de forma a assegurar a previsão de investimento/ retorno de capital, realizada pelo concessionário quando da assinatura do contrato de concessão.

Pela leitura do art. 37, XXI, CRFB, podemos observar, ainda, que, não obstante a idéia de equilíbrio nos remeta a um conceito de justa equivalência entre prestações e contraprestações, a Constituição delineou o princípio da garantia do equilíbrio econômico-financeiro como uma norma que impõe a obrigatoriedade da manutenção da equação financeira *original* (“*mantidas as condições efetivas da proposta*”). Conforme salientado por CARLOS ARI SUNDFELD<sup>6</sup>:

“Pode-se afirmar, então, que o regime jurídico dos contratos da Administração, no Brasil, compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e à Administração o dever de rever o preço quando, em decorrência de ato estatal (produzido ou não à vista da relação contratual), de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato”. (grifo nosso)

Sobre o tema, é interessante notar que nem sempre a idéia de garantia do equilíbrio econômico-financeiro esteve associada ao conceito de restabelecimento da equação inicial. A Carta de 1946 dispunha, por exemplo, em seu art. 151, que:

“Art. 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

<sup>6</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitações e contrato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 239. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 391.

Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.” (grifo nosso)

Sob a égide dessa norma<sup>7</sup>, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

“Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio regulamentar, meio contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus ao concessionário, desde que a este assegure o equilíbrio financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido (Constituição de 1946, art. 151 e parágrafo; Constituição de 1967, art. 167). (grifo nosso)

Com o advento da Carta de 1988, contudo, incorporou-se à ordem jurídica, inclusive, no plano infra-constitucional, a preocupação com a equação econômica original. Com efeito, assim dispõe o art. 9º, §4º da Lei nº 8987/95:

Art. 9º - (...)

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração. (grifo nosso)

E, ainda, em seu art. 10:

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

Não há dúvidas, portanto, de que hoje vige no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Tutela do Equilíbrio Econômico-Financeiro, que garante ao concessionário o direito à manutenção das condições originais de sua proposta, e, conseqüentemente, da equação econômica original do contrato celebrado com a Administração Pública.

<sup>7</sup> MS 17.957, RTJ 46/146.

Em respeito aos Princípios da Isonomia e da Proteção da Propriedade Privada, corolários do Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro, o Poder Concedente não poderá, para salvaguardar o interesse público primário, locupletar-se com eventos extraordinários em detrimento do particular que assumiu a execução do serviço público, sem que este último seja devidamente compensado.<sup>8</sup>

Por outro lado, o concessionário explora atividade econômica que, como qualquer outro negócio, está sujeita a riscos empresariais, que foram por ele tomados quando da celebração do contrato de concessão. Ao negar-se tal afirmativa, estaríamos diante de um contrato absolutamente irreal, no qual uma parte contratante (Poder Concedente) garantiria a outra parte (concessionário) contra qualquer risco negocial o que, de forma reversa, violaria o mesmo Princípio da Isonomia das Partes ou, pior, representaria uma infração direta ao Princípio da indisponibilidade e da Supremacia do Interesse Público. Estaríamos hipoteticamente falando de um contrato no qual uma das partes teria uma garantia de sucesso de 100% na sua empreitada, que inexistente nas relações privadas e, com muito mais razão, não pode ser admitida na relação com o Poder Público, quando este é o agente garantidor.

Em respeito aos Princípios da Isonomia, em especial da Isonomia Contratual, da Supremacia do Interesse Público e da própria Moralidade e Eficiência Administrativas, o Princípio da Tutela do Equilíbrio Econômico-Financeiro não poderá, portanto, jamais significar uma garantia universal de que qualquer desequilíbrio contratual ocorrido ao longo do contrato de concessão será necessariamente compensado pelo Poder Público, a fim de se restabelecerem as condições da proposta inicial do concessionário.

#### **A doutrina da divisão de riscos no direito brasileiro e o reequilíbrio econômico do contrato**

Apesar de prever a obrigatoriedade da manutenção das condições iniciais da proposta do concessionário, a Constituição não traz qualquer referência normativa para disciplinar a divisão dos riscos e dos ônus contratuais do negócio de concessão de serviços públicos.

Diante desse cenário, a doutrina, amparada no direito francês e em dispositivos da Lei Geral de Concessões, tratou de elaborar e sistematizar uma teoria geral de divisão de riscos entre o Poder Concedente e o concessionário, de forma a segregar os eventos que ensejam o direito deste último ao reequilíbrio de seu contrato, nos termos da equação financeira original, daqueles que não permitem essa recomposição, por serem considerados riscos do negócio, suportáveis e atribuíveis ao próprio particular.

<sup>8</sup> Nesse sentido, André de Laubadère alude que: “Após ter enunciado a idéia de que o concedente pode eventualmente impor ao concessionário, no interesse geral, um aumento considerável de meios para assegurar o serviço concedido, L. Blum afirmou como um princípio de ‘equivalência honesta’ o direito do concessionário, em contrapartida ao restabelecimento ‘da equação financeira do contrato de concessão’”. Aput YURIKO, Sônia. Contratos Administrativos, In Curso de Direito Administrativo Econômico Vol. I, 2006: , p.712.

Com efeito, a Lei nº 8.987/95 estabelece, em seu art. 2º, uma regra geral de divisão de riscos no contrato de concessão, pelo qual o concessionário explora o serviço público por sua conta e risco:

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

I – (...)

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;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.” (grifos nossos)

A leitura tradicionalmente feita da expressão “por conta e risco”, contida no dispositivo acima citado, levou a doutrina a criar uma divisão geral e hipotética dos riscos assumidos na concessão de serviço público pela Administração Pública e pelo concessionário. Assim, para ODETE MEDAUAR<sup>9</sup>: “a concessionária é pessoa jurídica ou consórcio de empresas que executa o serviço por sua conta e risco, por prazo determinado”. Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>10</sup>, “concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”. Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>11</sup>, por sua vez, “Concessão de serviço público é o instrumento através do qual o Estado atribui o ‘exercício’ de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob

<sup>9</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se ‘pela própria exploração do serviço’, em geral e basicamente mediante tarifa cobradas diretamente dos usuários do serviço”.

Baseada nessa idéia de que o concessionário explora o serviço público por sua conta e risco, a doutrina pátria desenvolveu a chamada “Teoria das Áleas”. De acordo com essa teoria, a expressão “por sua conta e risco” não significa a assunção integral pelo particular dos riscos do contrato, mas apenas daqueles ordinários do negócio, ou seja: os riscos inerentes à atividade econômica. Isso porque, em qualquer outra atividade econômica na qual fosse investir seu capital, o empresário arcaria necessariamente com os riscos do negócio.

Os riscos ou áleas seriam, dessa forma, divididos em ordinários e extraordinários. O concessionário assumiria os riscos ordinários do empreendimento. A Administração Pública assumiria os riscos extraordinários.

Riscos ordinários seriam aqueles que “todo o empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado”<sup>12</sup>, e abrangeriam, “além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios.”<sup>13</sup> Segundo JOSÉ CRETELA JÚNIOR<sup>14</sup>: “Chamam-se ‘áleas ordinárias’ os acontecimentos desfavoráveis que as partes assumiram o risco de correr quando firmaram o contrato. Estas, que constituem encargos previsíveis e suportáveis, cabem, por força da lei e do contrato, aos que se obrigaram, como, por exemplo, os empreiteiros no caso da empreitada”.

A álea extraordinária, por seu turno, corresponderia a um “risco imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado”.<sup>15</sup> Sempre que fato dessa espécie ocorrer, obrigar-se-á o Poder Concedente a recompor o equilíbrio econômico e financeiro da proposta contratada.<sup>16</sup>

Sistematizando a matéria, a doutrina dividiu a álea extraordinária em *álea econômica* e *álea administrativa*. A primeira corresponderia à aplicação da chamada teoria da imprevisão ou da cláusula *rebus sic stantibus* às concessões e demais contratações administrativas. À luz dessas teorias, o concessionário encontrar-se-ia garantido em relação ao risco da superveniência de fatos imprevisíveis (notadamente ligados às alterações relevantes no mercado e na economia de modo geral) ou de fatos previsíveis mas com resultados

<sup>12</sup> Cf. DI PIETRO, ob. cit., p. 98.

<sup>13</sup> Cf. MELLO, ob. cit. p. 680.

<sup>14</sup> CRETELA JÚNIOR, José, apud Arnaldo Wald, in WALD (, Arnaldo. *Distribuidora de energia elétrica – Racionamento – Equilíbrio econômico-financeiro*. In *Revista de Direito Administrativo*, nº 226, out./dezembro de 2001:, p. 325-326).

<sup>15</sup> Cf. DI PIETRO, ob. cit., p. 98.

<sup>16</sup> Equilíbrio econômico e financeiro é a equação estabelecida entre “os encargos do contratado e sua remuneração” (Cf. MEDAUAR, ob. cit., p. 262).

incalculáveis que viessem a turbar o equilíbrio econômico da contratação. Na álea econômica se inserem, ainda, as hipóteses de casos fortuitos e força maior. A álea administrativa, por sua vez, corresponderia à garantia, pelo Poder Concedente, de dois riscos inerentes a todas as contratações administrativas: o risco de modificação unilateral do contrato e o risco de sobreoneração direta ou indireta da concessão, em função do exercício das potestades públicas pelo Estado (fato da administração e fato do príncipe).

Segundo a Teoria das Áleas, haveria, assim, uma divisão teórica e genérica de riscos a serem assumidos pelo concessionário ou pelo Poder Público, conforme sua natureza: se extraordinários (ex. art. 9º, parágrafos 3º e 4º, art. 10 e art. 23, IV da Lei nº 8.987/95) seriam imputados ao Poder Público e, se ordinários, suportados pelo contratante privado.<sup>17</sup>

Verificada a quebra do equilíbrio econômico-financeiro<sup>18</sup> em decorrência de fato caracterizado como álea extraordinária, o concessionário teria o direito ao reequilíbrio das prestações contratuais.

A Lei de Concessões estabelece que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” (art. 9º, § 2º), estabelecendo, ainda, como cláusula obrigatória do contrato aquela que preveja a forma de reajuste e revisão (art. 23, IV). Porém, a despeito dessa previsão do reajuste como direito do concessionário e dever do Poder Concedente (art. 9º, § 2º, 3º, 4º, art. 29, V), certo é que não há na ordem jurídica em vigor norma que discipline, de forma precisa as atitudes que deverão ser tomadas pelo Poder Concedente para reequilibrar a equação encargos-retribuição. Consequentemente, em princípio, o Poder Concedente sempre poderá buscar, de forma discricionária, a solução que melhor salvaguardará o interesse público.

<sup>17</sup> Comentando a doutrina tradicional, o professor Alexandre Santos de Aragão destaca que “Nos contratos administrativos em geral, regidos pela Lei nº 8.666/93, o risco é exclusivo da Administração Pública, que contrata a realização de determinada obra pública ou a prestação de serviço por determinado valor, independente de a obra ou o serviço vierem a ser efetivamente utilizados, ou em que intensidade o serão. Será sempre devido ao co-contratante privado o valor pré-fixado na licitação, após a entrega do objeto do contrato. Já nas concessões comuns, disciplinadas pela Lei nº 8.987/95, o risco é, como já visto acima, pelo menos de acordo com a teoria tradicional, tendencialmente do concessionário privado. Se o serviço público concedido vai ser mais ou menos efetivamente utilizado pelos seus destinatários finais, é em princípio considerado um risco inerente do negócio. Apenas o risco por fatos imprevisíveis (ex. racionamento de energia ou de responsabilidade do próprio Estado (ex., aumento de tributos, alteração unilateral do contrato) são assumidos pelo poder Concedente por força do direito do concessionário ao re-equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII. Rio de Janeiro: Lúmen Júrís, 2006, p. 84.

<sup>18</sup> A quebra do equilíbrio econômico-financeiro é a modificação econômica concreta do que previamente era esperado, e se verifica através de uma comparação entre encargos e vantagens que foram originariamente previstos pelas partes e a realidade dos fatos quando da execução do contrato. Não basta que haja apenas uma modificação fática no que fora previsto contratualmente, também é necessário haver uma alteração nos resultados econômicos, a fim de se verificar a quebra dessa equação.

## Crítica inicial

O acima exposto sintetiza a doutrina brasileira tradicional acerca dos contratos de concessão, sua divisão de riscos, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e seu re-equilíbrio contratual, nas hipóteses de ocorrência de áleas extraordinárias.

Estudos mais recentes<sup>19</sup>, contudo, têm levantado críticas à teoria das áleas e à doutrina tradicional a respeito do princípio da intangibilidade do Equilíbrio Econômico-Financeiro, sob o argumento de que essas linhas de pensamento não seriam suficientes para resolver os conflitos surgidos entre partes ao longo do prazo de vigência de um contrato de concessão. Demonstram tais estudos que a falta de previsão legal da álea ordinária (conceito que é construído por exclusão das hipóteses legais que caracterizam a álea extraordinária) leva à impossibilidade de determinação dos riscos que efetivamente devem ser suportados pelo concessionário e, portanto, à necessidade de adoção de outro modelo teórico que determine, de forma mais objetiva, a divisão dos riscos entre as partes.

Entendemos, contudo, que a crítica à sistematização doutrinária atual deva ser mais abrangente, não se restringindo à definição da natureza dos riscos integrantes da concessão.

As concessões são contratos de alta complexidade, de forma que o modo de prestação do serviço e a proposta pela qual o concessionário se obrigou são determinados por projeções de demanda relacionadas às previsões de crescimento demográfico e econômico, por diretrizes de desenvolvimento regional, pelas tecnologias aplicadas na prestação do serviço à época da licitação, além de diversos outros fatores técnicos e econômico-financeiros relevantes. Ocorre que ao longo de um período de dez, vinte ou trinta anos (prazos compatíveis aos dos contratos de concessão), as mudanças tecnológicas e de mercado tendem a ser gigantescas, o que, obviamente, traz impactos econômicos de toda ordem e, por vezes, extremamente intensos, sobre determinado setor de serviços públicos. A tecnologia pode gerar, por exemplo, competição econômica onde existia um monopólio natural, o que, certamente, frustraria as previsões por demanda de serviço feitas pela própria Administração Pública.

Diante desse cenário, a afirmação clássica da assunção dos riscos ordinários do negócio por conta exclusiva do concessionário seria insustentável. As diversas mudanças ocorridas no contrato de concessão com destaque, no presente trabalho, àquelas que decorrem do próprio exercício, pelo Poder Público, da regulação tarifária, seriam incompatíveis com uma assunção genérica e prévia dos riscos.

Na prática, uma vez bem observada a atual realidade das concessões de serviços públicos *vis a vis* o exercício de regulação tarifária pelo Poder Concedente, constata-se que o equilíbrio da equação financeira, ou o seu não-equilíbrio, já deixou inclusive de ser realizada exclusivamente à luz de uma singela análise da natureza dos riscos ocorridos (ordinários ou extraordinários). Em diversas concessões, a análise do direito do particular a essa recomposição já passou a ser feita com base em critérios objetivos

<sup>19</sup> PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Universidade de São Paulo, tese de doutorado apresentada em 2005.

previamente delineados no próprio contrato de concessão, por meio de fórmulas de recomposição tarifária, forjadas em consonância com a política tarifária aplicada no âmbito do setor no qual se deu a delegação do serviço público.

Um exemplo vivo dessa nova realidade contratual é encontrado na fórmula de revisão tarifária periódica (“RTP”) prevista no tipo regulatório chamado de *price-cap*<sup>20</sup>, que é adotado no país, por exemplo, dentre outros setores, nas concessões dos serviços de distribuição de energia elétrica e de telefonia. Esse mecanismo de re-equilíbrio contratual prevê, em sua fórmula, dentre outros fatores, o denominado “Fator X”, pelo qual os ganhos de produtividade da concessionária, decorrentes de sua eficiência (que sem dúvidas pertencem à álea ordinária), não são por ela integralmente apropriados, mas divididos com os usuários na redução da tarifa. Essa simples previsão do Fator X já demonstra que, atualmente, há contratos de concessão nos quais a própria álea ordinária está a ser dividida entre o Poder Público/usuários e as concessionárias, em total contradição com os ditames da Teoria das Áleas.

A incompatibilidade entre a teoria tradicional e a realidade fica ainda mais clara quando se constata que, atualmente, adota-se no País critérios legais e contratuais para revisão da equação tarifária informados por uma pluralidade de tradições distintas e por vezes incompatíveis: a tradição francesa do caráter contratual da delegação do serviço e da conseqüente obrigatoriedade de manutenção da equação financeira inicial, a norte-americana de regulação tarifária através da imposição de conceitos como o do preço justo<sup>21</sup>, e a inglesa de regulação através da adoção do sistema de *price-cap*, buscando-se eficiência de mercado.

Dessa forma, a pergunta que se põe hoje para a doutrina é justamente como compatibilizar a necessidade de realização de regulação tarifária ao longo do contrato de concessão, a evolução tecnológica da atividade e uma certa abertura do contrato de concessão com a obrigatoriedade de manutenção dos termos iniciais da proposta. A resposta a essa indagação é que passamos a explorar nas linhas abaixo.

### 3. A Regulação Tarifária de Serviços Públicos

Como acima visto, o estudo sobre a regulação tarifária é essencial para uma análise crítica do modelo de divisão de riscos e de reequilíbrio econômico do contrato de concessão.

No Brasil, a regulação tarifária passou por fases muito distintas, que

<sup>20</sup> O sistema do *Price cap* (modelo inglês) estabelece que o índice de reajuste dos preços dos diversos serviços prestados pela empresa deve ser menor ou igual a diferença entre o índice geral de inflação e X (valor estabelecido pela entidade reguladora para medir os ganhos de produtividade da empresa).

<sup>21</sup> O modelo americano traduz-se na taxa de retorno de capital, e tem por objetivo controlar o nível de lucratividade das empresas privadas, eliminando excesso de lucro. Tal modelo se coaduna com o sistema daquele País, uma vez que não se tem o sistema de serviço público delegado, mas de sim de *Public utilities*. Assim, a regulação trata do controle do lucro de atividades que são desenvolvidas de forma privada pelos particulares, não fazendo sentido se falar em equilíbrio econômico financeiro.

acompanharam a evolução do próprio Estado Brasileiro de Nacionalista-Interventor para Estado Regulador.

Em breve síntese, após a crise de 1929 e seu impacto na economia brasileira, o Estado de Vargas controlava a economia nacional através da manipulação de incentivos, controle artificial das tarifas e prestação direta de serviços públicos. A essa época, a norma praticamente única de revisão tarifária era aquela estabelecida para fixação das tarifas de energia elétrica, prevista no Código de Águas de 1934, o qual dispunha que as tarifas deveriam cobrir os custos de produção e proporcionar uma rentabilidade de 10% ao ano sobre os capitais investidos. Ou seja, utilizava-se a regulação tarifária por custo, sendo que, no cálculo desse custo, ainda se empregava o seu valor histórico, desenhando-se, assim, um critério desastroso para períodos de grande inflação. O resultado da política tarifária adotada foi a redução da remuneração dos concessionários, aprisionando o capital privado em uma atividade de lucratividade insuficiente, piorando a qualidade dos serviços prestados.

A era Vargas se encerra com grande parte dos serviços públicos nas mãos do Estado, um enorme déficit *orçamentário* somado a uma política populista de controle de preços. A política tarifária era, oficialmente, a de não corrigir as tarifas de serviços públicos de modo a tentar segurar a inflação, permitindo à população mais carente o acesso aos serviços.

No início dos anos 1970, já sob a égide da Constituição de 1967, a economia brasileira foi atingida pela crise do petróleo, que gerou uma mudança do enfoque na política econômica e a adoção das primeiras medidas que buscaram fortalecer as empresas privadas frente às estatais. A política tarifária da época ainda era aquela disciplinada pelo Código de Águas de 1934 (regulação pelo custo do serviço). Segundo alguns doutrinadores, a opção por esse tipo de política tarifária era realizada no próprio texto da Carta de 1967-69 que, em seu art. 167, dispunha que “*A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: (...) II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico financeiro do contrato*”.

Assim, (i) o contexto histórico brasileiro; (ii) a redação do dispositivo constitucional transcrito; (iii) além da disciplina estabelecida pelo Código de Águas de 1934 determinaram que o modelo tarifário adotado pelo país, ao menos até a Carta de 1988, fosse o da regulação de tarifas por custo do serviço, tendo como premissa a taxa interna de retorno do investimento. Nesse sentido, destacou HELLI ALVES DE OLIVEIRA<sup>22</sup> que “*Sob a égide da Constituição anterior, portanto, firmado o princípio do equilíbrio econômico-financeiro das concessões e implantando, embora com imperfeições, o sistema tarifário do serviço pelo custo, o legislador*

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Helli Alves de. *Os serviços públicos de energia elétrica e a nova legislação sobre concessões*. In. MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

brasileiro esmerou-se em definir mecanismos de aplicação desse regime, em busca do ponto de equilíbrio entre interesse dos concessionários e a política de investimentos públicos no setor elétrico.”.

É claro que não podemos desconsiderar o fato de que a opção governamental pela política tarifária por custo de serviço foi realizada em uma época em que o próprio Estado executava os serviços públicos por meio das estatais, usadas como mais um instrumento da política econômica. A eficiência, a redução de custo e o desenvolvimento tecnológico da atividade não estavam na pauta do dia, não justificando, por exemplo, a adoção de uma política tarifária por incentivos.

O País retorna à democracia em 1985, em meio a uma grande crise financeira, à certeza do insucesso do controle de gastos das estatais e à opinião generalizada sobre a necessidade de reforma do papel do Estado na economia – a privatização passa a ser uma prioridade no novo governo que, em março de 1990, edita a Medida Provisória 115/99<sup>23</sup>, que se tornou lei, de nº 8.031, a qual instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND).

A brusca mudança do papel do Estado na economia foi acompanhada de uma nova Carta Política, que, de forma mais flexível, atribuiu ao legislador ordinário a competência para estabelecer a política tarifária a ser adotada em cada época e setor.

### O marco atual constitucional e legal tarifários

No atual ordenamento constitucional, a definição da política tarifária vigente em determinada época e setor é matéria reservada à lei em sentido formal. Trata-se, mais especificamente, de lei federal, em face das competências legislativa e administrativa, previstas na Constituição, no art. 22, IV, bem como no art. 21, XII, “b”. Nesse sentido, estabelece o art. 175, parágrafo único da Constituição de 1988 que:

“Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo Único – A lei disporá sobre:

(...)

III – política tarifária;”

Ao contrário da Constituição de 1967-69, Constituição de 1988 deu ampla margem de liberdade ao legislador infraconstitucional, conferindo-lhe competência para fixar a política tarifária a ser aplicada nos contratos de concessão.

Seguindo o comando constitucional, a Lei nº 8.987/95 disciplinou a matéria referente à política tarifária em diversos dispositivos, que devem ser interpretados sistematicamente. Em seu principal artigo sobre o tema, a referida lei estabeleceu que:

“Art. 9º - “A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo

preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato”.  
(grifo nosso)

Segundo o dispositivo acima transcrito, a tarifa será *fixada* pelo *preço* da proposta vencedora e preservada pelas regras de revisão previstas na Lei nº 8.987/95, no edital e no contrato.

Não obstante a aparente clareza do dispositivo, a norma neste contida deve ser lida em conformidade com a ordem constitucional vigente. *A fixação de tarifa e sua revisão são atos de regulação tarifária*, de competência exclusiva do Poder Público e, certamente, *não se esgotam com o estabelecimento da tarifa inicial*, em uma proposta licitatória. Como destacou MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>24</sup>, deve o mencionado dispositivo ser interpretado *cum grano salis*, pois não é compatível com a ordem jurídica vigente o entendimento de que a tarifa será fixada pelo concessionário pela apresentação da proposta.

Em verdade, *a norma que se extrai do dispositivo em análise é a de que, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.987/95, há uma delegação legislativa para que o Poder Concedente possa, no ato convocatório e no contrato de concessão, estabelecer as condições a partir das quais se determinará, de acordo com a política tarifária previamente definida, a equação tarifária ou a tarifa para aquele serviço.*<sup>25</sup> Caberá, portanto, ao Poder Concedente, através do ato convocatório e do contrato de concessão, determinar a tarifa ou equação tarifária do serviço concedido, *segundo o modelo tarifário definido por lei, para cada setor.*

Um exemplo do que acima se afirma pode ser encontrado no setor de distribuição de energia elétrica. A política tarifária trazida pela Lei nº 9.427/96 foi a da regulação tarifária por incentivos, do tipo concreto de preço-teto (*price-cap*). Assim, no que tange aos serviços de distribuição de energia elétrica, a interpretação atribuída à expressão “preço”, na fixação da tarifa, nos termos do art. 9º da Lei Geral de Concessões, refere-se ao *preço-teto*, ou seja, o edital e o contrato de concessão daqueles serviços fixam uma tarifa máxima inicial sobre a qual incidirá o “Fator X”, permitindo-se, assim, posteriormente a redução do preço contratado por meio da distribuição de ganhos de produtividade da empresa concessionária com os consumidores.<sup>26</sup>

Observe-se que se está aqui a dissertar sobre a fixação de tarifa, e não da definição de política tarifária. Conforme expressamente previsto no art. 175 da CRFB, a legislação de cada setor deverá prever uma política tarifária específica para os contratos de concessão outorgados no seu âmbito, levando em consideração as peculiaridades de suas respectivas atividades. Por sua vez, a tarifa ou equação tarifária fixada para determinada contrato de concessão deverá estar em consonância com a política tarifária de seu respectivo setor, sob pena de invalidade.

Por fim, ainda a afastar a tese de que caberia ao concessionário fixar a tarifa

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 367.

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 366.

<sup>26</sup> FERREIRA, Carlos Kawall Leal. *Privatização no setor elétrico no Brasil. In A Privatização no Brasil – o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000, p. 206.

para o serviço público concedido, opõe-se o argumento de que nem sempre o critério de julgamento da licitação promovida para a outorga de determinada concessão será o valor da tarifa ofertada pelo proponente. Em muitos casos, o vencedor da licitação é definido pela oferta do maior preço pago para a outorga de concessão. Nessas hipóteses, o Poder Concedente deverá prefixar a equação tarifária no ato convocatório para viabilizar a elaboração das propostas pelos licitantes, sendo que a entrega da outorga deverá respeitar a equação determinada no edital.

### O Estado regulador e a Regulação Tarifária por Incentivos

No Brasil, onde a mudança do Estado Prestador para Regulador com a consequente privatização da quase totalidade das estatais prestadoras de serviços públicos se deu em menos de uma década, a importação de modelos regulatórios americanos e europeus não foi menos rápida. Nosso marco regulatório foi sendo desenhado, buscando-se, de forma não sistemática, nas experiências estrangeiras, os modelos tarifários adequados à nossa nova realidade.

Assim, podemos observar que na regulação de grande parte dos serviços públicos pós-privatização, houve uma *passagem da “regulação por custo do serviço” para a “regulação por incentivos”*, em suas diversas nuances (padronização de custos, *price-cap*<sup>27</sup>, “IPC-X”, etc.).<sup>28</sup> Tal mudança se coaduna com o novo papel buscado pelo Estado Brasileiro, que tem alicerce nas idéias de eficiência, competição, modicidade tarifária, dignidade da pessoa humana e outros.

Conforme dispõe o art. 6º e seu parágrafo primeiro da Lei nº 9.987/95, “*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*”, considerando-se adequado o serviço que “*satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*”. Percebe-se que a eficiência e atualidade dos serviços, conceitos previstos na Regulação por Incentivos (e não na regulação por custo do serviço) são verdadeiros comandos legais, em conformidade com o próprio sistema constitucional vigente.

Ademais, o Estatuto das Concessões previu, em seu art. 16, que a outorga da concessão somente se dará de maneira monopolizada em casos excepcionais. Ou seja, a prestação de serviços públicos no Brasil, em regra, deverá ser feita em uma estrutura de mercado concorrencial. Dessa forma, tendo em vista a vasta diversidade de serviços públicos classificados como “monopólios naturais” (ex. telefonia fixa e distribuição de

energia elétrica para consumidores cativos), a política tarifária que mais se coaduna com o comando legal positivado no artigo 16 do Estatuto das Concessões é a da regulação por incentivos. Isso porque, em mercados onde a concorrência ainda não seja fática ou economicamente viável, a adoção de políticas regulatórias de incentivo permitem a criação de mecanismos (como, por exemplo, a adoção de uma “empresa referência”<sup>29</sup>), capazes de trazer para o referido setor a eficiência dos mercados concorrenciais ou, pelo menos, ambientes mais próximos de um cenário de competição.

A análise de contratos de concessão dos mais variados setores demonstra, assim, a inclusão, na equação de revisão tarifária periódica, de um importante mecanismo de regulação por incentivo, já antes mencionado, o “Fator X”, que tem como um de seus objetivos a busca da repartição de ganhos e perdas de produtividade entre o concessionário e o Poder Público. É o caso, por exemplo, dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica e de telefonia fixa, nas modalidades local e longa distancia e internacional.<sup>30</sup> Tal assertiva pode ser claramente observada pela redação do art. 14, IV da Lei nº 9.427/96, que estabelece que “*O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende: (...) IV - apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade*”. Para explicitar o conteúdo desse dispositivo, assim estabeleceu o art. 13 da Estrutura Regimental da ANEEL, constante do Anexo ao Decreto nº 2.335, de 8 de outubro de 1997: “*Art. 13. O exercício da livre competição deverá ser estimulado pelas ações da ANEEL, visando à proteção e defesa dos agentes do setor de energia elétrica e à repartição de forma justa dos benefícios auferidos, entre esses agentes e os consumidores.*”

Verifica-se, assim, que a opção pela utilização da regulação tarifária por incentivos é uma realidade em diversos setores de infra-estrutura. Instrumentos como o do Fator X são comumente inseridos nos contratos de concessão daqueles serviços públicos, na busca de eficiência, competitividade e modicidade tarifária. A simples leitura das leis e contratos de concessão dos diversos setores de serviços públicos demonstra que a política tarifária hoje adotada em larga escala no País é a da regulação por incentivos.

Ocorre que a clássica teoria da divisão dos riscos nos contratos de concessão (Teoria das Áleas) é claramente incompatível com os instrumentos de regulação por incentivos que vêm sendo adotados em diversos contratos de concessão de serviços

<sup>27</sup> O mecanismo de *price-cap* foi introduzido num contexto de reformas e privatizações na Inglaterra, tendo sido implementado primeiramente nas telecomunicações em 1984, estendendo-se, posteriormente, aos setores de gás natural em 1986, aeroportos em 1987, em abastecimento de água em 1990 e no setor de energia elétrica em 1988. No Brasil, a fórmula do “Fator X” pode ser encontrada em diversos contratos de concessão, com destaque aos contratos das empresas de distribuição de energia elétrica.

<sup>28</sup> A análise detalhada dos instrumentos da regulação por incentivos foi realizada no Capítulo V da dissertação de mestrado defendida pela Autora perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, disponível na Biblioteca daquela universidade.

<sup>29</sup> Trata-se de técnica de *benchmarking* aplicada à regulação. Opera-se a construção teórica de uma empresa de referência cujo desempenho (também teórico) é inferido por meio de uma média ajustada de indicadores de desempenho real de um conjunto de empresas tão similares quanto possível àquela que se pretende regular (sempre no âmbito do mercado e setor pertinente). O desempenho estimado de tal empresa (de natureza conceitual) é então utilizado como balizador para a atividade regulatória.

<sup>30</sup> No caso das empresas concessionárias de telefonia, o Fator X funciona como um mecanismo redutor do reajuste de tarifa, permitindo o compartilhamento dos ganhos de produtividade das operadoras com os usuários. Isso porque, no caso dos serviços de telecom, o cálculo do Fator X utiliza-se de dois índices (modelo Fisher): (i) a produtividade anual total, calculando a variação da eficiência entre a quantidade de bens e serviços produzidos e os insumos utilizados; (ii) um Coeficiente de Compartilhamento (Fator “c”) igual a 0,5. Isto significa que 50% do Ganho de Produtividade obtido pela concessionária é transferido ao usuário.

públicos e com própria realidade da execução desses pactos. Isso porque a regulação por incentivos pressupõe a divisão de álea ordinária entre os contratantes, não vinculando a revisão da tarifa apenas a ocorrência de riscos extraordinários.

O estudo por nós realizado demonstra, portanto, que nos modelos atuais, a política de revisão tarifária está usualmente lastreada numa divisão objetiva dos riscos, prevista de forma detalhada nos contratos de concessão, que independe da classificação destes como ordinários ou extraordinários, o que, repita-se, é incompatível com a teoria tradicional da divisão geral e pré-determinada dos riscos da concessão segundo sua natureza.

#### 4. A Divisão Objetiva de Riscos nos Contratos de Concessão Da divisão objetiva de riscos nos contratos de concessão e de sua constitucionalidade

Conforme já demonstrado acima, apesar de estipular a manutenção do equilíbrio econômico nas concessões de serviços públicos (art. 37, XXI), a Constituição não disciplinou a forma pela qual a preservação das condições da proposta do concessionário deverá ser alcançada, ou ainda qualquer fórmula de repartição de riscos a ser seguida pelo legislador e administrador.

Nesse passo, uma divisão prévia e objetiva de riscos, no âmbito do próprio contrato de concessão, não viola qualquer preceito constitucional.

Em verdade, a discussão acerca da constitucionalidade de uma divisão de riscos objetiva, diferente daquela em tese apresentada pelo art. 2º da Lei nº 8.987/95, foi enfrentada profundamente quando da promulgação da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004). À época, debatia-se se uma divisão objetiva de riscos poderia violar o princípio da manutenção da equação econômica dos contratos de concessão. A doutrina pátria afirmou, contudo, pacificamente, a constitucionalidade dessa fórmula prevista no art. 4º, VI e 5º, III, da Lei nº 11.079/2004. Sobre o tema, destaque-se as palavras de GUSTAVO BINENBOJM<sup>31</sup>: “Terceiro: o compartilhamento de riscos entre os parceiros público e privado, contemplado no art. 4º, VI e no art. 5º, III da Lei nº 11.079/2004, importaria violação ao Princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, especialmente do art. 37, XXI, que assegura a manutenção das “condições efetivas da proposta”? A resposta me parece ser um rotundo não. Estando prevista a repartição objetiva dos riscos na lei de regência e vindo tal repartição a ser claramente explicitada no edital, não há que se falar em quebra de equilíbrio econômico-financeiro, muito menos em desvirtuamento das condições efetivas da proposta. Como bem esclarece MARCOS BARBOSA PINTO, ‘quando o próprio contrato (rectius: o edital da licitação) prevê ex ante que certos riscos serão arcados pelo parceiro privado, os licitantes tem a

<sup>31</sup> BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVII. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

oportunidade de precificar esses riscos em sua proposta. Portanto, ainda quando o administrador público erra a mão e transfere mais riscos do que seria recomendável na PPP, o particular não sofre prejuízo, pois o risco ineficientemente transferido já foi levado em conta na formulação da proposta.”

No mesmo sentido, posicionou-se PAULO MODESTO<sup>32</sup>, quando afirmou que: “Não tenho dúvida que muitos autores inquirirão o novo dispositivo de inconstitucional, por afronta ao precitado art. 37, XXI, da Constituição Federal. Mas considero que esta será uma leitura apressada (ou interessada): o dispositivo constitucional obriga que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, mas não impede que o legislador determine aos particulares que, na proposta, contemplem objetiva catalogação dos riscos que estão dispostos a assumir em relação a situações típicas de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.”

Em síntese: não há qualquer norma constitucional que estabeleça parâmetros que devam tangenciar a divisão de riscos e ônus contratuais do negócio de concessão de serviços públicos. Assim sendo, é plenamente válida a adoção de uma divisão prévia e detalhada dos riscos entre o Poder Concedente e o concessionário no edital e no contrato de concessão, como a que usualmente se faz presente em políticas de regulação por incentivo. Pois, como se demonstrará adiante, barreiras normativas também não são encontradas no plano infraconstitucional.

#### Plano infra-constitucional: a interpretação sistemática dos preceitos da Lei 8.987/95 conduz a uma divisão objetiva de riscos e não a uma divisão genérica, pré-estabelecida

Como já tivemos a oportunidade de expor, à luz da regra contida no art. 2º da Lei nº 8.987/95, a teoria tradicional das Áleas sistematizou a divisão de riscos entre concessionário e Poder Público de forma genérica, por meio de uma singela classificação desses riscos em ordinários e extraordinários.

Ocorre que a insuficiência dessa teoria é revelada quando se percebe que, o modelo tarifário primordialmente adotado na atualidade para diversas concessões de serviços públicos, qual seja, o de regulação por incentivos, pressupõe uma divisão de riscos objetiva e previamente detalhada nos contratos de concessão que não depende necessariamente da natureza das áleas do concessionário.

Como já dito, é da essência da regulação por incentivos a divisão dos riscos ordinários do negócio entre o concessionário e Poder Público. A análise dos componentes do Fator X (em especial aqueles referentes a variação da demanda e ao ganho de produtividade) revela, por exemplo, uma clara apropriação de álea

<sup>32</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas*, apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito Brasileiro*. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVII. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 86.

ordinária da concessão pelos usuários, que, segundo a doutrina tradicional, deveria ser integralmente conferida ao delegatário.

Ademais, a regulação por incentivos ampara-se numa divisão de riscos objetiva e prévia no próprio contrato de concessão, que permite a revisão tarifária periódica, de forma desvinculada da ocorrência de eventos extraordinários. Inclusive na fórmula de revisão tarifária, encontram-se, por exemplo, eventos como o aumento da cobertura e da base de clientes e divisão de ganhos de produtividade (“Xe”), qualidade do serviço (“Xc”), além de custos gerenciáveis e custos não gerenciáveis (Parcelas A e B) – todos esses repartidos, objetivamente, entre as partes contratantes, conforme o contrato de concessão.<sup>33</sup>

O que vale a pena notar é que essa divisão de riscos objetiva, realizada no âmbito do contrato de concessão, encontra-se em perfeita consonância com os preceitos da Lei 8.987/95. Isto porque, muito embora o art. 2º da Lei nº 8.987/95 utilize a expressão “por sua conta e risco”, o art. 23 do mesmo diploma legal estabelece que os critérios e os procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas devem constar do contrato de concessão. No mesmo sentido, o artigo 29 da lei determina que caberá ao Poder Concedente “[...] homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato.” (grifo nosso)

Além disso, o art. 9º da Lei nº 8.987/95 faculta expressamente ao Poder Concedente estabelecer, no ato convocatório e no contrato de concessão, as condições pelas quais, de acordo com a política tarifária previamente definida, a equação tarifária ou a tarifa do serviço concedido serão determinadas.<sup>34</sup> Tem, portanto, o Poder Concedente pleno amparo legal para estabelecer previamente no contrato de concessão uma divisão de riscos objetiva e detalhada, que não vincule a revisão do preço da tarifa necessariamente à ocorrência de um evento extraordinário, como usualmente preconizado pela Teoria das Áleas.

A respeito da teoria clássica da divisão de riscos entre Poder Concedente e contratante privado, observem-se as lições do professor PAULO MODESTO, segundo o qual: “As concessões de obra ou serviço público são caracterizadas no Brasil como contratos administrativos em que o risco é exclusivamente do concessionário. Essa concepção, no entanto, é antes um mito (ou um “mantra dogmático”, um fraseado repetido sistematicamente, sem reflexão ou crítica) do que um dado da ordem jurídica positiva: o direito brasileiro reduz o conceito de álea ordinária – conjunto de riscos que o concessionário deve suportar – e amplia ao máximo a proteção do concessionário em face da álea extraordinária (nas duas modalidades, álea administrativa e álea econômica), obrigando o Estado a assumir diversos riscos durante o contrato de concessão de serviço ou de obra pública”<sup>35</sup>

Em realidade, uma divisão de riscos objetiva, prévia, no âmbito do contrato de concessão, além de não encontrar barreiras normativas, permite, na prática, a plena realização de diversos valores e princípios constitucionais. De plano, essa política de repartição de riscos enseja uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos, por meio da redução de custos e da distribuição de produtividade com os usuários, de forma

<sup>33</sup> Vide Nota 28.

<sup>34</sup> JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 366.

<sup>35</sup> MODESTO, Paulo. ob. cit., p. 86.

que, no final das contas, é possível o alcance de uma redução tarifária. Da mesma forma, a divisão de riscos preconizada pela regulação por *price-cap* tem como grande vantagem a criação de normas regulatórias de incentivo, que buscam, através de mecanismos diversos, trazer para mercados classificados como “monopólios naturais” as vantagens dos mercados competitivos. Assim sendo, ao estimular a criação, ainda que de forma artificial, de um ambiente competitivo, o referido mecanismo permite uma forma de aplicação direta do Princípio Constitucional da Livre Concorrência, expresso no art. 170, IV, CRFB.

Nesse sentido, observamos que a adoção da repartição objetiva de riscos realizada no âmbito da regulação por incentivos em nada viola a Constituição, mas, ao revés, potencializa a sua aplicação, na medida em que implementa uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos, através da redução de custos, da distribuição de produtividade com os consumidores, e da consequente redução tarifária.

Em suma: a despeito das dificuldades de previsão de todas os riscos inerentes a um contrato de concessão de longa duração, tendo em vista a presença da regulação por incentivo na maioria dos concessões recentemente outorgadas, entendemos, a partir de uma interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 8.987/95 (art. 2, 9º, 10º, 16º, 23º, 29º) e dos Princípios Constitucionais da Eficiência, Livre Concorrência, Isonomia e Modicidade tarifária, que a clássica Teoria das Áleas deve ser abandonada enquanto critério genérico de divisão de riscos no âmbito do regime jurídico dos contratos de concessão, em prol de uma “Teoria de Divisão Objetiva de Riscos”, ainda que se preveja uma responsabilização subsidiária por parte do concessionário pelos riscos ordinários não previstos no contrato de concessão.

O fato da Lei nº 8.987/95 estabelecer que o concessionário assume a atividade concedida “por sua conta e risco”, não exclui, necessariamente, a possibilidade da repartição dos riscos do contrato entre ele e a Administração Pública de forma prévia e objetiva. A expressão legal, interpretada sistematicamente, parece ter apenas por finalidade distinguir o contrato de concessão de serviço público dos contratos administrativos em geral (regidos pela Lei nº 8.666/93), nos quais o particular apenas entrega bens ou realiza um serviço para a Administração Pública, sendo por ela remunerado, sem a assunção dos riscos da *gestão do negócio*. Nos contratos de concessão, o particular, diferentemente dos demais contratos administrativos, *assume riscos, por gerir, diretamente, com sua expertise, a execução dos serviços públicos em prol dos usuários*. Essa assunção de riscos não significa, contudo, que toda a álea do negócio seja por ele suportada positiva ou negativamente. Sobre o tema, destaque merece a lição de CARLOS ARI SUNDFELD:<sup>36</sup> “A circunstância de a Lei de Concessões definir a concessão de serviço público como

<sup>36</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas, In Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

aquela em que o concessionário atua 'por sua conta e risco' (art. 2º, II) não importa devam ser atribuídos ao concessionário todos os riscos. Aliás, a própria existência da "revisão aí está para prová-lo".

## 5. Uma Nova Perspectiva sobre o Princípio do Equilíbrio Econômico-Financeiro

Talvez a primeira idéia que devemos aceitar com a finalidade de conferir uma nova perspectiva ao Princípio do Equilíbrio Econômico Financeiro é a de que o contrato de concessão é, em sua essência, incompleto.

É simplesmente impossível prever, já no momento da outorga da concessão, todos os elementos essenciais à determinação da equação econômica do contrato. A atividade concedida passa por evoluções tecnológicas que impossibilitam a previsão da política regulatória mais conveniente ao ditame do interesse público, em todo o prazo da concessão.

A crença na possibilidade da existência de um contrato que garanta *ex ante* seu equilíbrio econômico-financeiro ao longo do período de vigência implica na assunção de premissas irreais, tais como a suposição de que preços podem refletir toda a informação disponível no mercado no momento de sua fixação (o que é verdadeiro somente no modelo ideal da competição perfeita), bem como as mudanças futuras no ambiente externo relevante (o que não é verdadeiro para nenhum modelo de organização de mercados), ou, por outro lado, que as imperfeições dessas informações (notadamente, os riscos derivados de comportamentos não antecipados dos preços relativos) possam ser objeto de prévia repartição justa e/ou eficiente entre as partes, no âmbito das disposições contratuais.

Uma vez reconhecida essa inevitável incompletude do contrato de concessão, precisamos pensar uma forma de compatibilizar as alterações decorrentes da evolução tecnológica, de mercado ou do próprio marco regulatório com a manutenção das condições iniciais da proposta.

### A manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro é norma constitucional principiológica

Muito se escreve na doutrina acerca da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sempre lhe atribuindo, sem maiores debates, a natureza de norma princípio. Pela relevância desta classificação ao estudo que se pretende realizar, entendemos necessário o destaque, em um item, da análise da natureza do preceito constitucional.

HUMBERTO ÁVILA<sup>37</sup> distingue princípios de regras estabelecendo, em conclusão, que "*Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja*

<sup>37</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros: 2004.

*aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado ideal de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.*"

Regras seriam "*normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.*"

A obrigatoriedade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro encontra-se prevista no art. 37, XXI de nossa Constituição Federal que assim disciplina:

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

A despeito de o dispositivo em tela parecer estabelecer uma regra clara de conduta, qual seja, manter-se a equação econômica estabelecida, originalmente, no contrato de concessão, entendemos que o dispositivo traz em si verdadeiro princípio constitucional.

Isso porque a garantia do equilíbrio econômico-financeiro relaciona-se, diretamente, com três postulados assegurados pela Constituição: a Indisponibilidade do Interesse Público, a Isonomia e a Proteção da Propriedade Privada. No que se refere aos postulados da Isonomia e da Proteção à Propriedade Privada, observamos que o princípio trata de dar garantia negocial a um particular que, embora explore atividade econômica, o faz com ingerência de sua contra-parte, a saber, o Poder Público. Com efeito, se o mesmo particular explorasse atividade econômica sem qualquer ingerência do Poder Público, não haveria necessidade de qualquer garantia legal a uma equação econômica pré-estabelecida. No desenvolvimento de uma atividade privada, ainda que regulada, o particular projetaria um lucro esperado para um investimento a ser realizado, e correria os riscos do negócio, para o bem ou para o mal.

Acerca da ingerência estatal na gestão interna da atividade desenvolvida pelo concessionário, destaque-se interessante ponderação do professor BENEDICTO PORTO NETO<sup>38</sup>: "*No regime mais tradicional das concessões o particular assume o serviço em nome próprio. Ou seja, passa a ser o responsável pelas ações realizadas na execução*

<sup>38</sup> PORTO NETO, Benedicto. *Licitação para contratação de parceria público-privada. In parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 162.

do empreendimento. Muito embora haja a assunção dessa responsabilidade por parte do concessionário e, conseqüentemente, de uma série de riscos que a ela são inerentes, não se pode dizer que o Estado tenha passado a ocupar uma posição secundária no que diz respeito à consecução do serviço. Ao contrário. As decisões centrais quanto à estruturação do serviço objeto de concessão são tomadas, nesse modelo tradicional, pelo Poder concedente (Estado), e não pela concessionária. É o Poder concedente quem dita as principais regras da atividade a ser explorada. Normalmente, é o Estado que define o projeto a ser executado, também é o responsável por fixar as regras básicas de oferta do serviço, bem como suas condições operacionais, o cronograma de expansão do serviço — entre vários outros aspectos fundamentais da gestão do empreendimento. Ao concessionário cabe executar, do modo mais eficiente possível, as diretrizes fixadas pelo titular do serviço — ou seja, pelo Estado (Poder concedente).” E, ainda: “Ao particular cabe a responsabilidade pela gestão de sua empresa. A ele é atribuído o risco por aquilo que se sujeita a suas deliberações, ou se lhe é reservada a responsabilidade sobre as ações que são tomadas por decisão própria, e não por mera execução de determinação estatal. (...) A adoção desse modelo seguia uma equação bastante simples e compreensível: quanto maior a intervenção do Estado na definição do empreendimento a ser explorado (e normalmente era muito grande), menor seria a assunção de risco do empresário que implementaria as decisões estatais.”

O que queremos dizer, portanto, é que, na essência do Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico Financeiro, está, na realidade, a proteção ao particular pelo fato de contratar, com o Poder Público, o exercício de uma atividade de interesse coletivo, regida por um regime jurídico de direito público. Ou seja, a garantia da manutenção dos termos da proposta inicial decorre do fato de que o particular não estará empreendendo atividade econômica, livre de quaisquer ingerências ou limitações, mas sim, uma atividade altamente regulada, que não tem o lucro como seu único objetivo. Em razão da possibilidade de ingerências e interferências do Poder Público na administração do negócio concedido é que se torna necessária a concessão ao particular de uma garantia de manutenção da equação econômica esperada pelo particular.

Ora, como destaca HUBERTO ÁVILA, um dos critérios que caracteriza a norma como princípio, a distinguindo das regras, é a preponderância do elemento finalístico sobre o elemento descritivo de conduta. Nesse passo, a garantia expressa no art. 37, XXI CRFB não traz consigo uma simples regra de conduta, mas sim a definição de um estado ideal para as relações decorrentes de um contrato de concessão, na qual se assegura uma proteção econômica ao particular em virtude de eventuais interferências da Administração Pública. Reveste-se, portanto, a referida norma de todos os atributos legais que permitem a sua qualificação como um verdadeiro princípio.

## O Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico e Financeiro deve ser aplicado mediante Ponderação

Como qualquer princípio, estará o Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico e Financeiro sujeito a aplicação ponderativa. Nos termos da lição de Humberto Ávila carrega a referida norma uma pretensão de complementariedade e parcialidade, vez que visa a um estado ideal de coisas que poderá melhor ser atingido com a ponderação com outros princípios.

Essa ponderação para fins de correta aplicação do Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico Financeiro torna-se ainda mais premente quando se percebe que o art. 37, XXI, CRFB não traz consigo um mero conceito de justa equivalência entre prestações e contra-prestações, mas a obrigatoriedade da manutenção da equação financeira *original* do contrato de concessão (“*mantidas as condições efetivas da proposta*”).

Como acima visto, os elementos que permeiam um contrato de concessão se alteram, significativamente, ao longo do tempo (mercado, regulação, tecnologia), tornando impossível a manutenção, ou mesmo a identificação, das condições iniciais da proposta. Diante desse cenário, com tantas variáveis, a correta aplicação do Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico Financeiro apenas poderá ser realizada mediante a ponderação de seus comandos normativos com outros princípios constitucionais relevantes, de forma a se atingir o estado ideal desejado pelo Constituinte, o qual ousamos definir: *a preservação de uma relação jurídica no contrato de concessão que, por um lado, permita a exploração dos serviços públicos com todas as suas potencialidades diante das circunstâncias de mercado e, por outro, a proteção do interesse econômico do particular na execução desse contrato, ainda que lastreado numa equação econômica que não seja delineada em bases rigorosamente idênticas a inicialmente existente.*

Imagine-se, por exemplo, um setor de mercado de monopólio natural que, com a evolução tecnológica, torne-se competitivo. Nessa hipótese, certamente não encontra respaldo na ordem jurídica exigir-se que o Poder Concedente garanta ao concessionário a manutenção de uma equação econômica inicial, formada sob as circunstâncias de um mercado monopolista, quando a atuação dele se desenvolve num mercado informado por regras de competição. Neste novo mercado, lucrará mais o participante que for mais eficiente, não cabendo ao Poder Público garantir ao concessionário a manutenção de uma equação financeira inicial, sob pena de arcar com eventuais ineficiências administrativas e comerciais deste último. É preciso, em situações como esta, ponderar o Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro com outros princípios constitucionais, como, no caso, o Princípio da Livre Concorrência, expresso no art. 170, IV CRFB, e atraído para as concessões de serviços públicos pelo art. 16 da Lei nº 8.987/95.

Note-se que não se está, aqui, a defender uma mitigação do Princípio do Equilíbrio Econômico-Financeiro, mas apenas sua aplicação, através de ponderação, nas hipóteses em essa forma de aplicação da norma seja inevitável.<sup>39</sup>

### O Princípio do Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Regulação Tarifária

A regulação por incentivos, hoje consagrada em diversos contratos de concessão, promove a plena realização dos princípios constitucionais da Eficiência e da Livre Concorrência, na medida em que incentiva o ganho de eficiência e cria, artificialmente, alguns dos benefícios de um mercado concorrencial (ex. Empresa referência).

O citado modelo tarifário, com seus diversos mecanismos (ex. *price-cap*, fator X, padronização de custos, etc.) acaba, ainda, por permitir uma maior liberdade na gestão da empresa, aproximando os serviços prestados em monopólio natural com os prestados concorrencialmente. Com isso há de se reconhecer que o dinamismo característico do mercado e necessário para se obter ganhos de eficiência faz com que os encargos e benefícios previstos no contrato de concessão devam ser aplicados de forma fluida e variável não devendo haver uma equivalência automática entre eles.

É exatamente por essa razão que defendemos ao longo deste trabalho que o Princípio constitucional da Garantia do Equilíbrio Econômico e Financeiro deve ser ponderado com outros princípios constitucionais, como a da Eficiência, o da Livre Concorrência, o da Livre Iniciativa e o da Dignidade da Pessoa Humana, no que se refere à Modicidade Tarifária.

A constatação dessa nova realidade jurídica está longe, contudo, de colocar um capítulo final no estudo da teoria do equilíbrio do econômico financeiro dos contratos de concessão

A aproximação de nosso sistema com o sistema americano das *public utilities* deve servir para que possamos trazer, para o conceito de equilíbrio econômico

<sup>39</sup> Em caso de colisão de princípios constitucionais, deve o juiz graduar o peso dos interesses em jogo, utilizando-se da Proporcionalidade e seus subprincípios a fim de estabelecer a relação de preferência no caso concreto, tentando preservar, quando possível, o núcleo do princípio “perdedor” (Princípio da Concordância Prática). (BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002). Ainda em relação ao uso da Ponderação, a Teoria da Argumentação ressalta a necessidade de controle da racionalidade das decisões proferidas. As decisões que envolvem atividade criativa do juiz aumentam o dever de fundamentação, pois não estão inteiramente legitimadas pela lógica da separação de poderes. Para assegurar legitimidade e racionalidade da decisão, destaca o professor Luís Roberto Barroso que o intérprete deverá: (i) reconduzir a decisão sempre ao sistema jurídico, vinculando a decisão a uma deliberação majoritária (lei ou Constituição); (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis (pretensão de universalidade); (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzira no mundo dos fatos. A esse respeito, BARCELLOS, *Ponderação, Racionalidade e atividade judicial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003; BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BARROSO, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988*, in *Temas de Direito constitucional*, 2001; BARROSO, *A Nova Interpretação Constitucional*.

financeiro, o de lucro e preço justos, o que poderá significar uma interpretação evolutiva do princípio, em substituição ao da manutenção das condições iniciais da proposta.

Nesse sentido, com base na ordem jurídica hoje em vigor, é perfeitamente viável pensar-se num conceito dinâmico do Princípio do Equilíbrio Econômico Financeiro, a partir do reconhecimento da incompletude dos contratos de concessão. Pela aplicação direta dos princípios constitucionais da Eficiência, da Dignidade da Pessoa Humana e da Livre Concorrência, o princípio da manutenção dos termos da proposta, expresso no art. 37, XXI CF deve e pode sofrer uma ponderação de interesses, de forma a viabilizar a busca de eficiência através da regulação por incentivos, a modicidade tarifária através dos ganhos de produtividade e sua distribuição com o consumidor, a alteração de regulação devido a concorrência inserida na atividade concedida por avanços tecnológicos.

Encerramos, assim, o presente estudo com a transcrição de trecho de trabalho da professora DINORA MUNETTI GROTTI, que entendemos estar de acordo com a nova perspectiva, aqui proposta, para os contratos de concessão<sup>40</sup>: *O instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização dos serviços públicos mas, a concessão com o objetivo de privatizar, é novo. A concessão nasceu com algumas modificações importantes, porque no passado, em suas origens, a concessão de serviço público esteve fortemente ligada à outorga para certos empreendedores que queriam implantar o serviço monopólio. Afinal, o Estado estaria interferindo nesses setores exatamente para que pudesse transferir para o empreendedor alguns de seus privilégios, especialmente o de impedir a concorrência e garantir de que não haveria competição e, portanto, de que poderia recuperar o capital investido dentro de uma previsibilidade da exploração. Nesse momento de retomada da concessão – e esse fenômeno não é brasileiro, é internacional –, ela surge com uma nova roupagem, para servir a um projeto de exploração concorrencial desses serviços, que anteriormente foram monopolizados por empresas particulares na fase de sua implantação e depois por empresas estatais na fase de seu maior desenvolvimento. Há, portanto, inovações importantes nessas concessões. A idéia, por exemplo, de que o concessionário tem que competir com outros concessionários, com outros prestadores que são incentivados pelo Estado, com direitos sobre a própria rede daquele que absorveu a estrutura da empresa estatal. Evidentemente, a garantia econômica que o Estado pode dar a cada um desses concessionários não é a mesma, aliás, é fundamental que não seja a mesma. No século XIX uma das questões vitais da concessão era garantir, para o empreendedor privado o compromisso estatal de rentabilidade.*

<sup>40</sup> É partindo dessa premissa que o prof. Marçal Justen Filho defende que “a concessão comporta uma pluralidade de configurações, o que impede inclusive aludir ‘à’ concessão, tal como se houvesse conceito único, determinado e padronizado para o instituto. Talvez se pudesse afirmar que a expressão indica um gênero, que contempla inúmeras espécies. A tentativa de produzir uma solução única para a concessão não encontra respaldo na ordem jurídica e acaba produzindo resultados extremamente negativos”. JUSTEN FILHO, Marçal. *As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público*, in *Revista de Direito Público do Estado*, nº 1, jan./mar. de 2003, p.96-97.

Hoje, a questão fundamental certamente não é essa. O principal é fazer com que o Estado trate de modo equânime os competidores. Portanto, não se trata de fazer da concessão um instrumento para comprometer o Estado com a rentabilidade do empreendimento, mas fazer da concessão um instrumento para o tratamento igualitário dos prestadores pelo próprio Estado. Cuida-se de uma concessão de serviço em regime de competição. Não seria possível seguir o modelo de regime de equilíbrio econômico-financeiro clássico, pelo qual todos os prejuízos são do Estado e todos os proveitos são da concessionária. O pressuposto do modelo é a possibilidade de a concessionária perder dinheiro caso se mostre incompetente na disputa de um mercado altamente competitivo.”<sup>41</sup>

Assim, lançamos algumas idéias e aguardamos o debate.

## 6. Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CATEB, A. B. & GALO, J. A.. *Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos*. Berkley Program in Law and Economics Working Papers, 2007.
- CÓPELLO, Maria Mercedes Maldonado. *Privatización de los servicios públicos domiciliarios y transformación del derecho estatal em Colômbia*. In Anuário 2001 GEDIM – Dez Anos de MERCOSUL.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FERREIRA, Carlos Kawall Leal. *Privatização no setor elétrico no Brasil*. In A Privatização no Brasil – o caso dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: BNDES, 2000.

<sup>41</sup> GROTTI, Dinorá Musetti. *Regime Jurídico das Telecomunicações: autorização, permissão e concessão*. In Revista de Direito Administrativo nº. 224, abr./jun. de 2001. Rio de Janeiro, p. 187-188.

GROTTI, Dinorá Musetti. *Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão*. In Revista de Direito Administrativo nº. 224. São Paulo: Atlas, abr./jun. 2001.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *As diversas configurações da concessão de serviço público*. In Revista de Direito Público do Estado, nº 1, jan./mar. 2003.

LAFFONT, J. J. & TIROLE, J (1993). *A Theory of incentives in procurement and regulation*. Cambridge: MIT Press.

MACNEILL, I. R. (1978). *Contracts: adjustment of long term economics relations under classical, neoclassical and relational contract law*. Northwestern University Law Review, 72:854.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão*. In Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 10, nº. 46, setembro-outubro de 2002.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MEDAUAR, Odete (Coord.) *A figura da concessão*. In *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Serviço Público*. In Revista de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas: jul./set. 1992.

\_\_\_\_\_. *Serviços públicos e serviços de interesse geral*. In *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, 16ª ed.* São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MOREIRA, Engo Bockmann. *Riscos, incertezas e concessões de serviço público*. In Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte: ano 5, n.20, out./dez.2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Teoría del Equivalente Económico en los contratos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1968.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2005.

PIRES, José Cláudio Linhares. *Avaliação dos modelos tarifários: price-cap, retorno sobre o investimento, benchmark regulation, yardstick comparison*. In Regulação, Defesa da Concorrência e Concessões, ASEP-RJ. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. *Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro*. In: Revista do BNDES, texto nº 64. Rio de Janeiro: BNDES, 1998.

ROJAS, Francisco José Villar. *Os caminhos da privatização*. In *Studia Iuridica* 60, Rio de Janeiro: BNDES, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitações e contrato administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. In Revista de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, jan./mar., 1961.

\_\_\_\_\_. *Concessão de energia elétrica: tarifas – equilíbrio financeiro*. In Revista de Direito Administrativo nº. 203. São Paulo: Atlas, jan./mar, 1996.

\_\_\_\_\_. *O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada - o exemplo brasileiro*. In Revista de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, out./dez, 1995.

\_\_\_\_\_. *Equação financeira. Complementação do preço. Inexistência de retroatividade*. In Temas de Direito Público (estudos e pareceres), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 2.

TRAIN, Keneth. *Optimal regulation: the economic theory of natural monopoly*. Cambridge-London: The MIP Press, 1994.

WALD, Arnoldo; CANTO, Gilberto Ulhoa (Coord.). *A evolução da correção monetária na "Era da Incerteza"*. In *A correção monetária no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1983.

WILLIAMSON, Oliver. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*. Journal of Law and Economics, oct. 1979.

YURIKO, Sônia. *Contratos administrativos*. In Curso de Direito Administrativo Econômico, vol. I, 2006.