

MUTABILIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COMUM

Aurea Aparecida Colaço

Membro da Comissão de Direito Administrativo
da OAB/SP

O objeto do estudo deste trabalho - mutabilidade do contrato de concessão de serviço público comum – suscita grande discussão sobre sua oportunidade, extensão e, principalmente, a recomposição da equação econômico-financeira.

Tema de grande relevância para o Estado, uma vez que recai sobre a prestação do serviço público de modo indireto, delegado a terceiro mediante concessão, para que seja prestado de modo adequado, eficiente e atenda às necessidades da coletividade.

Para o desenvolvimento deste trabalho estudaremos: (i) os princípios constitucionais que norteiam as alterações do contrato de concessão, (ii) a necessidade de manutenção da equação econômico-financeira da proposta apresentada pelo concessionário na licitação, (iii) os impactos das alterações realizadas unilateralmente pelo poder concedente, (iv) os fatos que ocasionam o desequilíbrio da equação econômico-financeiro, incluindo considerações sobre a álea ordinária – risco do concessionário e a álea extraordinária, passível de indenização, e (v) os meios legais que permitem a qualquer uma das partes obter sua recomposição.

Para abordarmos o tema em questão imprescindível se faz conceituar o Direito Administrativo. Valemo-nos do conceito proposto pelo ilustríssimo Prof^o. Celso Antônio

Bandeira de Mello, para o qual o Direito Administrativo “*é o ramo do Direito Público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a desempenham*”¹.

Dentre os critérios de distinção das funções do Estado, o critério formal é o adequado para identificação de suas funções porque “*se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual*”², conforme ensinamentos desse doutrinador, que se posiciona da seguinte forma:

“Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhado mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”³.

Além do critério da função administrativa, no passado, autores buscaram definir o Direito Administrativo com base em outros critérios. Com relação a esses critérios, Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ esclarece que “*podem ser reduzidos, fundamentalmente, a dois: (i) “critério orgânico ou subjetivo, que se propõe a identificar a função através de quem a produz”; e (ii) “critério objetivo, que toma em conta a atividade”*. Referido professor esclarece que o critério objetivo subdivide-se em: (i) “*critério objetivo material ou substancial, que busca reconhecer a função a partir de elementos intrínsecos a ela*; e (ii) *critério objetivo formal, que se apega essencialmente em características de direito*”.

Com o intuito de direcionar este estudo e por ser de suma importância para o desenvolvimento do nosso tema, uma vez que constitui o objeto do contrato de concessão, abordarei o critério do serviço público.

Referido critério tem origem na França, onde se formou a Escola do Serviço Público, que inspirada na jurisprudência do Conselho de Estado francês, a partir do caso Blanco, decidido em 1873, passou a fixar a competência dos Tribunais Administrativos em função da execução de serviços públicos.

Embora esse critério não sirva para definir o Direito Administrativo, leva-nos a observar quão relevantes, primordiais e essenciais são os serviços executados pela

¹ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.29.

² Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.35.

³ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.36.

⁴ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.32.

Administração Pública, visto terem levado doutrinadores a utilizá-los como critério para definição do Direito Administrativo.

Após compreensão da Administração Pública e atividade que a mesma exerce, a qual se externa por meio da prestação de serviços à coletividade, bem como sua relevância doutrinária, cumpre-nos conceituar os serviços públicos. Para tanto, valemo-nos do conceito formulado pelo Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello, nos seguintes termos:

“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”⁵.

Por seu turno, Prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua serviço público como sendo:

“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”⁶.

Pelos conceitos transcritos, o serviço público comporta, em alguns casos e dentro de certos limites, delegação à iniciativa privada.

Uma das modalidades de prestação de serviços pela iniciativa privada se dá por meio de concessão dos serviços públicos. Tal trespasse, em observância ao ordenamento jurídico vigente, será precedido de lei, processo licitatório e celebração de contrato de concessão entre o Estado, poder concedente, e o licitante – concessionário.

Nesse sentido, o Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que:

“Concessão de serviço público é o instituto 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 garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”⁷.

⁵ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.642.

⁶ Direito Administrativo, Editora Atlas, 21^a edição, 2008, p. 94.

⁷ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.672.

O contrato de concessão de serviço público disciplina a relação existente entre a Administração Pública, poder concedente, e o particular que demonstrou deter durante o processo licitatório capacidade técnica e financeira para prestação dos serviços públicos, tendo sagrado-se vencedor da Licitação.

O contrato de concessão, durante sua vigência, sofrerá alterações que observarão limites impostos pela legislação vigente e os princípios constitucionais, com o intuito de resguardar, direitos da coletividade, do Estado e do concessionário, assuntos que desenvolverei no curso deste trabalho.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios elencados na Lei 8.987/95, Lei de Concessões de Serviços Públicos, são meramente exemplificativos, de vez que se aplicam a esses contratos todos os princípios constitucionais e os previstos na Lei 8.666/93.

Por oportuno, abordaremos apenas os princípios inerentes à mutabilidade do contrato de concessão, quais sejam: Princípio da Legalidade, da Dignidade da Pessoa Humana, da Função Social, da Vinculação ao Processo Licitatório, da Intangibilidade da Equação Econômico-Financeira, da Boa-Fé, da Moralidade e do Planejamento.

1.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade expressa idéia de que a lei é o instrumento de conformação jurídica das relações sociais. Está expresso no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal e é reafirmado no *caput* do artigo 37.

Referido princípio determina que a atuação da Administração Pública deva fundamentar-se, necessariamente, no ordenamento jurídico vigente, mais precisamente na forma da lei.

O contrato de concessão constitui ato administrativo bilateral com grande influência consensual. É de escalão inferior à lei e seu fundamento de validade advém diretamente das normas legais de escalão imediatamente superior, motivo pelo qual é obrigado a observar o

princípio da legalidade porque “*nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros*”, conforme ensinamentos do Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello⁸.

O Princípio da Legalidade norteia o procedimento licitatório do qual decorre o contrato de concessão de serviço público, sendo que uma minuta desse integra aquele como anexo para que os licitantes possam ter conhecimento prévio das obrigações e direitos que lhes serão atribuídos.

Assim, qualquer alteração ocorrida no contrato de concessão deverá observar a lei de concessão e as normas que autorizaram a realização da licitação para que o interesse público do Estado possa prevalecer e estabelecer em favor da coletividade uma proteção e uma garantia.

1.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal elevou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana à categoria de Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1^o.

Um dos requisitos essenciais para caracterização de uma atividade como serviço público é a existência de vínculo entre a utilidade a ser fornecida e a satisfação direta relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em sendo, referida utilidade, essencial à dignidade da pessoa humana, sua exploração comercial poderá ser admitida até determinado limite. Assim, tendo havido o transpasse do serviço público para o particular para que o explore mediante concessão, as alterações que impactarem na relação contratual deverão sempre estar limitadas por este princípio, que irá estabelecer seus contornos.

⁸ Curso de Direito Administrativo, 21^a edição, Malheiros Editores, 2006, p. 100.

Deste modo, o concessionário deverá adotar todas as decisões que ampliem a eficiência⁹ dos recursos aplicados na execução dos serviços públicos sob sua concessão, garantindo com isso a satisfação da necessidade imperiosa da coletividade.

Além de adequar-se as inovações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes, o concessionário deve fazer uma gestão eficiente do serviço público, visto que a atuação sob seu risco próprio não o autoriza a inobservar o princípio da dignidade da pessoa humana que almeja preservar a universalidade na prestação do serviço público deixando de criar desigualdades entre as diversas classes sociais.

1.3. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

O Princípio da Função Social está expresso no artigo 421 do Código Civil. Por esse princípio, a liberdade de contratar é limitada pela ordem pública e pela supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais. A prerrogativa subjetiva das partes restringir-se-á à análise da viabilidade de contratar ou não.

O princípio da função social que rege os contratos celebrados sobre as regras de Direito Privado foi encampado pelo Direito Administrativo e exprime a necessidade de harmonização dos interesses da Administração Pública e do concessionário em face dos interesses da coletividade e tem por finalidade humanizar as relações econômicas e sociais.

A Administração Pública e o concessionário, em observância a esse princípio, envidarão esforços para implantar na concessão de serviço público uma fraternidade e solidariedade sociais mais ostensivas.

O Estado observa este princípio e induz o concessionário a cumpri-lo, quando garante à coletividade prestação do serviço público, pelo concessionário, de modo adequado, eficiente e com qualidade, mediante sua fiscalização, assim como ao garantir-lhe a remuneração avençada, com base em tarifa justa.

⁹ Na visão do Profº. Diogenes Gasparini: “*Conhecido entre os italianos como dever de boa administração, princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade*”. Direito Administrativo, 9ª edição, Editora Saraiva, 2004, p.20.

O princípio em questão norteará as alterações que vierem a ser realizada no contrato de concessão, de modo que, durante a exploração do serviço público, seja afastado o interesse individual do concessionário e lhe seja vedado explorar predatoriamente o serviço concedido em benefício da coletividade.

O desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato de concessão, por fatos imprevistos, imprevisíveis e alheios a vontade das partes, fato da administração ou fato do príncipe, devidamente abordado no subitem 2.2 infra, torna inviável a exploração do serviço público pelo concessionário e prejudica a coletividade que deixa de ter a sua disposição serviço adequado e de qualidade.

Caberá ao Estado, no exercício do poder discricionário enfrentar a dificuldade de balancear o interesse do particular com o interesse público com base no princípio da função social para que, recompondo a equação econômico-financeira que esteja desequilibrada e o remunerando de forma justa, o interesse coletivo seja alcançado.

1.4. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO PROCESSO LICITATÓRIO

O Princípio da Vinculação ao Processo Licitatório impõe que o contrato de concessão seja mutável nos limites estabelecidos no certame licitatório para que as partes dele não se distanciem após sua celebração em detrimento do interesse público e dos demais licitantes que participaram do processo licitatório e prevenindo-se que seja desnaturado seu objeto.

Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

“O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no artigo 41 da Lei 8.666/93¹⁰”.

Prof^o. Arnaldo Wald leciona que esse princípio:

“tem por precípua finalidade proporcionar aos licitantes a segurança de que não serão, após o início do certame, estabelecidas outras condições de avaliação das propostas, ou outros componentes de remuneração. O edital vincula as partes aos seus critérios, requisitos e condições, cuja observância

¹⁰ Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, Malheiros Editores, 2006, p. 511.

poderá ser exigida durante a licitação, na assinatura do contrato e durante a vigência da concessão, tanto pela concessionária quanto pelo Poder Concedente e, em tese, até pelos usuários¹¹.

Pelas considerações desses professores, observa-se que deverão ser realizadas no contrato de concessão alterações que produzam menor lesão aos interesses coletivos e individuais envolvidos e que assegurem maior adequação possível dos serviços concedidos, embora impactem significativamente nas condições contempladas na licitação.

Oportuno registrar que, a mutabilidade do contrato em muitos casos é uma consequência imposta pelas finalidades do interesse público, uma vez que será um meio para se logra uma maior eficiência do serviço público, devendo, no entanto manter intacto o objeto do contrato e o seu equilíbrio econômico-financeiro.

1.5. PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

O Princípio da Intangibilidade da Equação Econômico-Financeira é observado por toda legislação infralegal, visando assim, proteger o concessionário diante de alterações unilateralmente impostas pelo Poder Concedente, perante impactos econômicos, fato do príncipe e da administração.

Referido princípio, portanto, orienta as partes a manterem o equilíbrio ou equação econômico-financeira do contrato para que o concessionário possa se remunerar pela exploração do serviço concedido e prestado de modo adequado e eficiente em proveito da coletividade.

1.6. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O Princípio da boa-fé norteia o contrato de concessão quando se prevê e se entende que deve ser mantido um equilíbrio econômico-financeiro dinâmico, constantemente reajustado de acordo com a evolução das circunstâncias.

¹¹ O Direito de Parceria e a Lei de Concessões, Editora Saraiva, 2004, p. 356 e 357.

A boa-fé exprime a vontade em consonância com o direito. Ao ser elevada a categoria de princípio jurídico, a boa-fé assegura ao concessionário, por meio da mutabilidade do contrato de concessão, o seu direito a manutenção da equação econômico-financeira por meio dos reajustes e revisões periódicas da tarifa.

Segundo o Profº. Gordillo:

“el principio de la buena fe, de numerosas aplicaciones, suele ser recordado em matéria de contratos administrativos que serían así esencialmente de buena fe. En su virtud la administración no debe actuar como si se tratara de un negocio, ni tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio de aquél¹²”.

Por fim, para o Profº. Marçal Justen Filho *“a boa-fé se retrata, na concessão, como cooperação leal entre o Estado e o particular para realização do interesse comum: a prestação adequada e satisfatória do serviço público, através de uma tarifa módica¹³”.*

1.7. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Ao analisarmos a Moralidade Administrativa podemos observar a existência da moral disciplinada pelo legislador e a moral institucional que orienta a atuação de qualquer poder jurídico, inclusive o poder discricionário.

Inicialmente, a Moralidade Administrativa não era reconhecida e alguns autores antigos a relacionavam à disciplina interna da Administração Pública. Nesse sentido, expressavam que o Princípio da Moralidade Administrativa extraia-se da boa e útil disciplina interna da Administração Pública.

A moralidade, que não passou despercebida pelos doutrinadores, constitui conceito de experiência e de valor, tendo sido elevada a categoria de princípio jurídico autônomo pela atual Constituição Federal pelo disposto no *caput* do Artigo 37.

Esses conceitos de valor e experiência, denominados pelas Ciências Jurídicas de indeterminados, não impedem a compreensão e aplicação da moralidade administrativa e

¹² Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 7º. Edición, Del Rey, 2003, p. XI-31.

¹³ Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 1, fev/mar/abril de 2005.

devem ser extraídos do próprio conceito de moralidade vigente em determinada sociedade em certo momento.

Na visão do Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello “*de acordo com esse princípio, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação*¹⁴”.

O Prof^o. Marçal Justen Filho conceitua este princípio do seguinte modo: “*o princípio da moralidade pública contempla a determinação jurídica da observância de preceitos éticos produzidos pela sociedade, viáveis segundo as circunstâncias de cada caso*¹⁵”.

Na mutabilidade do contrato de concessão as partes, Administração Pública e concessionário deverão agir de modo a preservar a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a idéia comum de honestidade, além de obedecer à lei propugnando pelo que é melhor e mais adequado ao interesse público.

Contudo, se agirem visando interesses pessoais, de má-fé ou de maneira desleal, referidas partes, estarão ofendendo ao princípio da moralidade administrativa e sujeitando-se às sanções legais cabíveis.

1.8. PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO

O Princípio do Planejamento está expresso no artigo 174 da Constituição Federal. O planejamento econômico é de suma importância como agente propulsor e promotor do desenvolvimento e nos termos da constituição, determinante para o setor público. Segundo Eros Roberto Grau, a idéia de planejamento envolve racionalidade, diagnóstico e prognóstico.

O planejamento é uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico. Contudo, há que se lembrar que a constituição destacou que atividades genuinamente econômicas são exercidas por particulares e outras, não-econômica – os serviços públicos -

¹⁴ Curso de Direito Administrativo, 21^a edição. Malheiros Editores, p.115.

¹⁵ O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário, conferência proferida no IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário, in Revista de Direito Tributário, vol 67, p. 70, Malheiros Editores, 1996.

pelo próprio Estado. O Estado poderá prestar os serviços públicos, de modo indireto, mediante delegação ao particular.

Quando o Estado opta por prestar serviço público mediante trespasse ao particular, o planejamento econômico que impera na prestação direta do serviço público também irá orientar o concessionário na exploração do serviço concedido, objetivando-se criar um ambiente favorável a prestação do serviço público adequado, eficiente, de qualidade e mediante a cobrança de tarifa módica.

2. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A concessão de serviço público é um ato misto, meio regulamentar, meio contratual. A equação econômico-financeira representa elemento contratual da concessão e sua condição de legalidade, conforme abordado no subitem 1.1 do item 1, quando discorreremos sobre o princípio da legalidade.

Nesse sentido, Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que:

“A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos do lucro do concessionário¹⁶.”

A equação econômico-financeira do contrato de concessão é composta por receitas ordinárias (tarifa de pedágio) mais receitas acessórias menos custos operacionais, despesas, amortização e depreciação. O resultado dessa equação será o lucro¹⁷ da empresa que em um período pré-determinado (por exemplo: 1 ano) comporá um fluxo de caixa que possibilitará a análise de viabilidade do negócio e análise da necessidade de reequilíbrio financeiro.

¹⁶ Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, Malheiros Editores, 2006, p. 682.

¹⁷ Segundo o Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello: “Para o concessionário, a prestação do serviço público é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço”. Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, Malheiros Editores, 2006, p. 682 e 683.

Referida equação também denominada equilíbrio financeiro do contrato de concessão é, segundo o Prof^o. Diogenes Gasparini: “*a relação de igualdade entre os encargos do contratante particular e a correspondente remuneração a que faz jus, fixada no contrato administrativo para justa compensação do pactuado*¹⁸”.

O Prof^o. Arnaldo Wald ao analisar o artigo 9º da Lei 8.987/95 observou que:

*“o legislador utilizou a dupla adjetivação do equilíbrio. Deve ser econômico para assegurar ao concessionário a rentabilidade inicialmente estabelecida pelo contrato e financeiro para que seja respeitado o fluxo de caixa previsto contratualmente, ou seja, a relação entre entradas (receita) e saídas (investimentos e despesas) de recursos que foi acertada inicialmente*¹⁹”.

O equilíbrio financeiro do contrato é direito fundamental do concessionário e sua intangibilidade princípio constitucional conforme abordado no subitem 1.5 retro. Por ser aspecto contratual da concessão, é a equação econômico-financeira imutável unilateralmente. Sua manutenção poderá ser avaliada por meio da Taxa Interna de Retorno, metodologia utilizada na avaliação de alternativas de investimento.

Essa metodologia tem como objetivo apresentar a taxa de retorno percentual obtida através da avaliação dos valores resultantes do fluxo de caixa de um determinado projeto.

A TIR resultante desse fluxo de caixa será exatamente igual à taxa de desconto que leva o valor presente líquido de uma oportunidade de investimento a igualar-se a zero, uma vez que o valor atual das entradas é igual ao investimento inicial de determinada concessão.

Existem basicamente 03 (três) maneiras de analisar o retorno do investimento: TIR, Valor Presente Líquido (VPL) e Payback. A TIR apresenta o valor percentual da remuneração exata de determinado investimento em determinado período. O Valor Presente Líquido (VPL) apresenta o ganho (ou perda) que se obtém investindo em um determinado projeto, considerando uma taxa de desconto (custo de oportunidade do dinheiro – aplicação de longo prazo isenta de risco).

¹⁸ Direito Administrativo, Editora Saraiva, 2004, p. 595.

¹⁹ O Direito de Parceria e a Lei de Concessões, Editora Saraiva, 2004, p.334.

No entanto, Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que:

“a garantia econômica do concessionário na concessão de serviço público não é, contudo, uma proteção total que lhe dá o concedente contra qualquer espécie de insucesso econômico ou diminuição de suas perspectivas de lucro. Com efeito, uma vez que o concessionário exerce serviço estatal, por sua conta, risco e perigo, é natural que, à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa âlea, a certo risco. Pode, portanto, ser, como outro empreendedor, integralmente bem-sucedido, parcialmente bem-sucedido ou malsucedido em suas expectativas legítimas do sucesso econômico²⁰”.

O poder concedente ao homologar uma licitação e assinar o contrato de concessão formalmente considera as premissas e os valores da proposta apresentada pelo licitante como adequados e aceitáveis. Ademais disso, as propostas dos licitantes vencedores das concorrências contêm as premissas consideradas viáveis por eles para assumirem os riscos dos empreendimentos, garantindo para si o retorno adequado do investimento.

No que tange aos riscos do empreendimento, o Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que:

“Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestramente, 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 advêm de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios²¹”.

Isto posto, a equação econômico-financeira inicial do contrato, que inclui os encargos, obrigações, benefícios, condições contábeis, financeiras, contida na proposta vencedora da licitação é estabelecida quando da celebração do contrato de concessão. A equação econômico-financeira é caracterizada ainda por uma expectativa de retorno do investimento.

A equação econômico-financeira contida na proposta vencedora da licitação será utilizada pela Concessionária para amortizar investimentos previstos que forem realizados ao longo do prazo de concessão, bem como para obter a remuneração sobre o capital empregado.

²⁰ Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, Malheiros Editores, 2006, p. 706.

²¹ Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, Malheiros Editores, 2006, p. 710.

Roberto Guena de Oliveira ao analisar a equação econômico-financeira observa que:

“a condição para que um contrato esteja em equilíbrio é o fato de que pactuar o contrato com a concessionária seja a melhor estratégia para o poder concedente e que, simultaneamente, pactuar o contrato com o poder concedente seja a melhor estratégia para a concessionária²²”.

Ao abordar o tema o Prof^o. Gordillo leciona que:

“el contrato debe ser equitativo para ambas partes y para los terceros en su caso; de allí que el principio también esté incluido en la Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, inc. 5º (ley 24.759). Esta controversia se presenta constantemente, cada vez que se autoriza un aumento de la tarifa para financiar nuevas obras. Las asociaciones de usuarios suelen cuestionar la equidad y equilibrio del reajuste, a más de sus aspectos formales²³”.

As partes contratantes não têm como avaliar com precisão as receitas e os gastos no momento da apresentação da proposta, em razão da imprevisibilidade dos fatores que envolvem o estudo não serem perfeitamente previsíveis, o que eleva o risco que é percebido como um custo adicional do projeto por parte dos investidores.

Para o Prof^o. Marçal Justen Filho:

“a quebra do equilíbrio é um fenômeno essencialmente econômico. Consiste na alteração do resultado econômico extraível da contratação administrativa. Essas considerações implicam afirmar que a quebra do equilíbrio consiste em uma variação entre as projeções originalmente elaboradas pelas partes e a realidade verificada durante a execução do contrato²⁴”.

Em que pesem todas as garantias que devam ser dadas ao concessionário, a manutenção de uma rentabilidade superior à praticada no mercado representa um ganho desmesurado, e fere o interesse público coletivo, conforme entendeu o Tribunal de Contas da União ao recomendar a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) na decisão nº 464/2000-TCU no âmbito do TC nº 009.634/1999-1, bem como das concessionárias de rodovias federais na Decisão nº 1460/2002 e o Acórdão 393/2002 proferidos no âmbito do TCU nº 014.811/2000-0.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato pressupõe que a concessão deverá oferecer um fluxo de caixa de retornos suficiente para remunerar o fluxo de

²² Avaliação do Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias, FIPE/USP, 2001, p.26.

²³ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 7º. Edición, Del Rey, 2003, p. XI-31.

²⁴ Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, Dialética, 2003, p. 398.

investimentos aplicados na concessão e conter uma margem que proporcione uma rentabilidade pré-estabelecida na proposta pelo concessionário.

A partir do momento em que a relação entre os encargos e a remuneração da concessionária é alterada, qualquer que seja sua causa (desde que, claro, excluídas aquelas que são caracterizadas como sendo risco da empresa), se por comportamento administrativo ou não, os encargos supervenientes impostos à concessionária passam a constituir imposição extracontratual, pois não foram assumidos quando da celebração do contrato de concessão. E, neste caso, com o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o poder concedente deverá, em contrapartida, recompor econômico-financeiramente o equilíbrio do contrato.

2.1. MODICIDADE DA TARIFA

A modicidade da tarifa nos termos do artigo 6º, parágrafo primeiro da Lei 8.987/95, é um pressuposto do serviço público adequado. Deve corresponder a custos pertinentes, com riscos calculados e fiscalizados pelo poder concedente e permitir que o preço regulado seja objeto de uma estratégia da competição.

É o caso, por exemplo, da diminuição da tarifa em resposta a uma economia de escala, isto é, redução dos custos fixos com aumento da produção, podendo a tarifa variar para mais ou para menos, como ocorre nos setores de telecomunicações e de eletricidade.

Por tarifa módica, receita de equilíbrio e eficiência, o concessionário de serviço público será remunerado pela exploração do serviço concedido, o que não quer dizer que a tarifa deva ser barata, mas sim que permita a exploração de serviço público sustentável - econômico e financeiramente, adequado e de qualidade.

A tarifa cobrada dos usuários deve ser modesta, de tal forma que o acesso ao serviço público seja amplo. Conforme ensinamentos do Profº. Arnoldo Wald, por tarifa módica:

“deve ser entendida a tarifa acessível aos usuários, que não os onere excessivamente e que esteja direcionada de forma a permitir que a concessionária desempenhe de modo efetivo e lucrativo as suas obrigações legais e contratuais na prestação do serviço previsto. Esta exigência encontra

respaldo na possibilidade de aferição de receita através de fontes alternativas (art.11), favorecendo, assim a redução da onerosidade da tarifa do serviço público²⁵".

A Lei das Concessões prevê também que o concessionário seja remunerado com outras fontes de receitas alternativas, complementares e acessórias ou outros projetos associados, de modo a proporcionar-lhe, no todo, condições que viabilizem a exploração do serviço público mediante a cobrança de tarifa módica aos usuários.

Essas receitas deverão estar devidamente detalhadas no Edital, na proposta e no contrato para aferição da inicial equação econômico-financeira e por constituírem fontes de verificação da manutenção do seu equilíbrio.

Essas receitas podem ser originadas, no caso das concessões de rodovias, da exploração de publicidade na faixa de domínio, comunicação via implantação de rede de fibra óptica, implantação de gasoduto ou ainda da distribuição de material publicitário nas praças de pedágio.

As concessionárias de telefonia podem ser remuneradas por concessionários de outros serviços de interesse público pela utilização de postes, dutos, condutos e servidões.

Poderá ser concedido pelo poder concedente, desde que esteja previsto no Edital de Licitação, subsídio aos licitantes, o qual deverá ser considerado em suas propostas.

A União, por exemplo, estendeu aos licitantes que participaram da segunda etapa de concessões federais os benefícios do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura ("REIDI"), que consiste na suspensão da exigência de PIS/PASEP e COFINS para obras de infraestrutura destinadas ao ativo imobilizado, nos setores de transporte, energia, irrigação e saneamento.

Assim, a partir do momento em que os resultados econômicos provenientes das receitas alternativas, subsídios e benefícios fiscais são considerados para fins de remuneração do concessionário, passam a ser utilizadas para recompor a equação econômico-financeira.

²⁵ O Direito de Parceria e a Lei de Concessões, Editora Saraiva, 2004, p. 197 e 198.

A tarifa, embora integre o contrato e faça parte da equação econômico-financeira, constitui uma cláusula regulamentar da avença sendo um dos elementos passíveis de alteração unilateral pelo poder concedente no exercício do seu poder regulamentar, oriundo da titularidade do serviço público concedido.

Mesmo sendo cláusula regulamentar, o valor da tarifa constitui elemento fundamental para que se determine o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o qual tem natureza contratual e não regulamentar passível de alteração por meio de consenso entre as partes, conforme determinado pela Lei 8.987/95.

2.2. REEQUILÍBRIO

A equação econômico-financeira do contrato de concessão pode sofrer impactos decorrentes de: (i) obrigações criadas unilateralmente pelo poder concedente, (ii) fatos da natureza ou da economia, (iii) medidas governamentais que interfiram na execução do serviço concedido, como o fato do príncipe e o fato da administração.

Referidos impactos poderão onerar excessivamente o concessionário, dando ensejo a recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão.

Oportuno ressaltar que, nem sempre as medidas impactam desfavoravelmente, conforme colocado anteriormente. Algumas medidas podem impactar de modo favorável e em benefício do concessionário que poderá vir a obter lucro superior ao que vinha sendo por ele auferido, o que levará, igualmente, a recomposição da equação econômico-financeira só que, nesta hipótese, em favor do poder concedente.

É o caso, por exemplo, de exclusão de obras previstas no Programa de Exploração de Rodovia, que integra o contrato de concessão das rodovias federais. Determinada obra pode ter sido incluída no orçamento do órgão federal responsável pela administração da rodovia antes de sua concessão e, por interesse público, a agência reguladora entende que deva ser por ele executada e não pelo concessionário. A exclusão da obra é benéfica ao concessionário e pode impactar favoravelmente em sua equação econômico-financeira e em desfavor do poder concedente, dando ensejo a sua recomposição.

Nesse sentido, o Prof^o. Gordillo recorda em seu Tratado de Derecho Administrativo²⁶, os votos de Boggiano y Vásques no caso Telintar S.A., a seguir reproduzido:

“sólo cabe reconocer el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, más la utilidad justa y razonable que constituye su retribución; pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objetivo alguno (doutrina de Fallos 231:311;258:322, consid. 6º; y 262:555, consid. 10)”.

Ao analisar a questão, o Prof^o. Marçal Justen Filho constatou que não basta haver alteração da relação original entre encargos e vantagens para que o concessionário tenha direito à modificação da relação jurídica, à recomposição da relação inicial do contrato, para ele haverá necessidade da comprovação de três eventos:

- (i) a quebra da equação econômico-financeira mediante comprovação da frustração das expectativas concretas;
- (ii) comprovação de que essa frustração derivou da ampliação dos encargos e/ou redução dos benefícios inicialmente previstos; e
- (iii) que a ampliação dos encargos e/ou redução dos benefícios se deram por eventos extraordinários, de cunho imprevisível e de efeitos incalculáveis.

2.2.1. ÁLEA ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA

Ao apresentar uma proposta em processo licitatório o licitante assume o risco normal decorrente da execução do serviço público, designada álea ordinária do contrato.

No entanto, por opção do legislador ou da própria Administração Pública – poder concedente riscos não assumidos pelo concessionário podem vir a onerar a prestação do serviço público. Tais riscos caracterizam-se por álea extraordinária do contrato.

A álea ordinária deverá ser suportada pelo concessionário e não será passível de recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão, por entender-se que se reputa como inerente à atividade empresarial, abrangido no risco comum e normal do

²⁶ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 7º. Edición, Del Rey, 2003, p. XI-22.

negócio, por seu turno, a álea extraordinária permitirá ao concessionário solicitar a recomposição da referida equação.

A álea extraordinária, conforme ensinamentos da Prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, subdivide-se em:

1. “álea administrativa, que abrange três modalidades:
 - a) alteração unilateral;
 - b) fato do príncipe;
 - c) fato da administração.
2. álea econômica, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar a aplicação da Teoria da Imprevisão; a Administração Pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro²⁷”.

A álea extraordinária diz respeito aos riscos inerentes à alteração unilateral do contrato pelo Poder Concedente, enquanto Administração Pública, ou de medidas por ele adotadas e totalmente desvinculadas do contrato de concessão, mas que atinjam seu equilíbrio.

Doravante, abordarei detidamente nos subitens 2.2.2 a 2.2.4 infra cada uma das modalidades de riscos suportados pelo concessionário, decorrentes da álea extraordinária, à exceção da alteração unilateral do contrato de concessão, que para melhor ordenação deste trabalho, será abordada no subitem 3.2 infra.

2.2.2. TEORIA DA IMPREVISÃO

Acontecimentos externos ao contrato de concessão, imprevisíveis, inevitáveis e alheios à vontade das partes podem causar ao concessionário demasiado ônus e excessivo desequilíbrio econômico-financeiro na exploração do serviço público, a exemplo da variação nos preços dos insumos componentes da tarifa.

A Teoria da Imprevisão foi construída pelo Conselho de Estado Francês e nada mais é do que aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus*. Essa cláusula, segundo a Prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estabelece que a “*convenção não prevalece em vigor se as coisas não permanecerem (rebus sic stantibus) como eram no momento da celebração*”²⁸”.

²⁷ Direito Administrativo, Editora Atlas, 21ª edição, 2008, p. 262.

²⁸ Direito Administrativo, Editora Atlas, 21ª edição, 2008, p. 267.

Na visão do Prof^o. Gordillo:

“Teoría de la imprevisión. Se atempera la regla pacta sunt servanda en la esfera administrativa, admitiéndose para obtener una equitativa recomposición contractual en los supuestos de aplicación del principio²⁹”.

Referida teoria, segundo o Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello, estabelece que:

“acontecimento (ato ou fato) imprevisível, ao qual os contraentes não hajam dado causa, e que provoquem profundo e substancial desequilíbrio da equação econômico-financeira, tornando ruínosa, embora não impossível (que este seria caso de força maior), a prestação do serviço pelo concessionário³⁰”.

No Direito francês, os prejuízos derivados da álea econômica são, segundo a doutrina e jurisprudência, partilhados entre o concedente e o concessionário. Em relação a eles se invoca a Teoria da Imprevisão. Por outro lado, no Brasil, nosso Direito Positivo, conforme ensinamentos do Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello:

“orientou-se de maneira a oferecer ao concessionário uma garantia mais ampla a que lhe é dispensada na França³¹. Entre nós, todavia, a noção de álea ordinária – ou seja, do risco que o concessionário deve suportar – é mais restrita, de sorte que se beneficia de uma proteção maior. De outro lado, no que se refere à álea econômica, quando invocável a teoria da imprevisão, o resguardo do concessionário é completo, e não apenas parcial, como no Direito francês³²”.

A Teoria da Imprevisão distingue-se da Força Maior pelo fato da primeira afetar apenas o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, enquanto a segunda impossibilita que se dê prosseguimento a ele.

A Teoria da Imprevisão autoriza a Administração Pública rever as cláusulas financeiras do contrato com base no interesse público e permitir a continuidade dos serviços públicos, por outro lado, a Força Maior desonera as partes sem responsabilizá-las por qualquer inadimplemento por constituir um dos fundamentos para rescisão do contrato, a qual tem efeito meramente declaratório de uma situação de fato impeditiva da execução.

²⁹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 7^o Edición, Del Rey, 2003, p. XI-32.

³⁰ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.708.

³¹ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.708.

³² Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.709.

2.2.3. TEORIA DO FATO DO PRÍNCIPE

O Fato do Príncipe é uma oneração do contrato de concessão suportada pelo concessionário diante de determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do serviço público concedido, obriga o poder concedente a recompor a equação econômico-financeira do referido contrato.

Na visão do Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello:

“De acordo com a teoria do fato do príncipe, o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, por ato seu, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administradores em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário. Não há acordo, contudo, com relação aos atos suscetíveis de propiciar a invocação desta teoria. Assim, registrando que no passado a teoria do fato do príncipe possuía maior amplitude, por abranger também os atos provenientes de outra pessoa de Direito Público que não o próprio concedente³³”.

Por seu turno, Prof^o. Marçal Justen Filho explicita que:

“a maior parte da Doutrina reputa que o fato do príncipe se verifica quando a execução do contrato é onerada por uma medida de autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato³⁴”.

Em sendo constatado o fato do príncipe, o concessionário terá direito à indenização completa e integral, a ser apurada em face das circunstâncias, à exceção do caso em que o instrumento contratual dispor sobre solução de pré-determinação da indenização.

Para melhor compreensão, podemos citar como exemplos de fato do príncipe aumentos de tributos e exigências referentes à proteção do meio ambiente.

2.2.4. TEORIA DO FATO DA ADMINISTRAÇÃO

O Fato da Administração incide diretamente no contrato de concessão retardando ou impedido sua execução pelo concessionário. Pode provocar a suspensão temporária do

³³ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.707

³⁴ Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, Dialética, 2003, p. 384

contrato ou levar a paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo concessionário e isentando-o da aplicação de sanções administrativas.

Além disso, o fato da administração por resultar em alteração dos custos suportados pelo concessionário poderá ocasionar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, dando direito a sua recomposição.

Segundo a Prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro o fato da administração distingue-se do Fato do Príncipe:

“enquanto o primeiro se relaciona diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como parte no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que reflexamente, repercute sobre o contrato³⁵”.

Essa também é a inteligência do Prof^o. Diógenes Gasparini.

O Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello discorda do posicionamento dos referidos doutrinadores nos seguintes termos:

“Reputamos preferível conceituar o fato da administração como o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado³⁶”.

Constituem exemplos de fato da administração: (i) alterações, complementações ou adaptações do projeto; (ii) retardar ou impedir a execução do contrato; (iii) não liberação de áreas nos prazos contratuais; ou ainda (iv) omissão em realizar desapropriações.

3. MUTABILIDADE

Inicialmente, entendia-se que os Contratos Administrativos seriam regidos pelo Princípio da Imutabilidade, o qual se baseava na cláusula *"rebus sic stantibus"* que expressa a idéia de que os contratos são imutáveis, porém essa imutabilidade só será mantida até o momento em que as partes permanecerem nas mesmas condições econômicas e financeiras em que estavam no momento em que se vincularam contratualmente a uma prestação.

³⁵ Direito Administrativo, Editora Atlas, 21ª edição, 2008, p. 265.

³⁶ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21ª Edição, 2006, p.619.

Neste sentido, Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Melo entende que:

“Levar mais longe o dogma da intangibilidade do contrato seria, sob o pretexto de garantir a liberdade contratual, destruir o fundamento do contrato, a sua base econômica e moral, como instrumento de comércio e cooperação entre os homens, o elemento da boa-fé e de justiça sem o qual a liberdade dos contratos seria apenas uma aparência destinada a legitimar o locupletamento injusto de uma parte à custa do patrimônio da outra, sobre esta recaindo de modo exclusivo os riscos estranhos à natureza do contrato e que, se previsíveis na ocasião de atar-se o vínculo contratual, teriam impedido a sua formação³⁷”.

Posteriormente, essa cláusula foi reavaliada e na eventualidade da relação bilateral regida pelo Contrato Administrativo ser submetida a fatos supervenientes, imprevistos, imprevisíveis e inevitáveis, que onerem demasiadamente a uma das partes, o contrato poderá ser alterado em observância ao Princípio da Mutabilidade.

O princípio em questão exprime uma situação de flexibilidade contratual no que tange as cláusulas regulamentares permitindo que as partes possam alterá-las para que o interesse público seja alcançado, quando diante de fatos não previstos e imprevisíveis a que estão sujeitos os contratos de concessão. Com isso, se assegurará ao concessionário uma remuneração justa e reflexiva dos encargos e aos usuários a prestação de serviço adequado mediante cobrança de tarifa módica.

No que diz respeito ao aspecto regulamentar, Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Melo entende que:

“Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. Em consequência, integram-no as disposições relativas à organização, ao funcionamento do serviço, ao prazo da concessão e às tarifas que serão cobradas; esta é a parte mutável na concessão por ato exclusivo do Estado³⁸”.

Contudo, importante frisar que, o objeto e a equação econômico-financeira do contrato de concessão, por constituírem aspecto contratual da concessão, são imutáveis unilateralmente. A análise da imutabilidade do objeto contratual iniciada no subitem 1.4 será aprofundada no subitem 3.1. Por seu turno, a análise da imutabilidade da equação econômico-financeira foi realizada nos subitens 1.5 e 2 deste trabalho, para os quais remeto os leitores.

³⁷ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.624.

³⁸ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21^o Edição, 2006, p.684.

A mutabilidade é um direito assegurado pelo ordenamento jurídico (i) à Administração Pública, não se baseando apenas em seus direitos exorbitantes que lhe permitem alterar unilateralmente o contrato de concessão, mas por tratar-se de serviço de sua titularidade se lhe impõe o dever jurídico de ajustar o serviço ao interesse público, sempre que suas cambiantes necessidades o impuserem, e, em via reflexiva, buscando manter a igualdade das partes, e (ii) ao concessionário, que tem resguardado o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira.

Entende-se que a mutabilidade é uma característica inerente à concessão por ter vínculo direto com as atividades coletivas essenciais e econômicas do momento, que conduzem à necessidade de permanente adequação da atividade desenvolvida pelo concessionário à obtenção da melhor alternativa para realização do interesse público.

A mutabilidade, além de ser unanimemente defendida pela doutrina, é assegurada pela Constituição Federal de 1988, no Título III – da Organização do Estado, no Capítulo da Administração Pública, que ao dispor no artigo 37, inciso XXI sobre licitação, garante ao concessionário a manutenção das condições da proposta.

Mencionado dispositivo aborda um dos princípios constitucionais mais relevantes para o concessionário, um instrumento de defesa, sua garantia para execução do contrato de concessão, ou seja, dispõe sobre o Princípio da Intangibilidade da Equação Econômico-financeira do contrato, que foi objeto de nosso estudo nos subitens 1.5 e 2 supra, e tem o intuito de proteger o concessionário diante de alterações unilateralmente impostas pelo poder concedente, perante os impactos econômicos, fato do príncipe e fato da administração.

Em observância ao texto constitucional, foi promulgada a Lei 8.666 em 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Essa lei rege a alteração unilateral dos Contratos Administrativos pela Administração Pública nos artigos 58, inciso I e 65, inciso I, desde que respeitados os direitos dos contratados.

Por seu turno, o artigo 175 da Constituição Federal, que trata dos serviços públicos, foi regulamentado pela Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviço público, e, igualmente, estabelece mecanismos

de alteração do contrato de concessão no seu artigo 9º e pela Lei 9.074 de 07 de julho de 1995 no seu artigo 35.

Isto posto, examinando os textos constitucionais e legais e na estrita observância ao Princípio da Legalidade abordado no subitem 1.1, constata-se que a delegação dos serviços públicos à iniciativa privada deverá ser precedida de lei e outorgada nos seus limites, não se podendo contudo concluir que a delegação será imutável.

Para o Prof.º Gordillo: *“la mutabilidad del contrato importa que si el interés público lo justifica, podría adaptárselo y modificárselo”*³⁹.

A legislação assegura ao poder concedente o direito de alterar, unilateralmente, o contrato de concessão observado o princípio da vinculação ao processo licitatório e desde que não descaracterize seu objeto, pois se assim o fizer, configurar-se-á ofensa ao princípio da isonomia⁴⁰ que havia sido assegurado no processo licitatório a todos os licitantes.

Referidos preceitos legais, que expressam o Princípio da Intangibilidade da Equação Econômico-Financeira do contrato de concessão, asseguram aos concessionários, o direito à manutenção das condições efetivas da proposta com o intuito de garantir-lhe a adequação do contrato aos *“novos padrões de normalidade dos acontecimentos”*⁴¹.

Deste modo, o contrato de concessão, mesmo sendo firmado por longos prazos, estão expostos às alterações imprevisíveis à época da formulação da proposta vencedora da licitação, dentre as quais, podemos citar a seguintes:

1. inovações tecnológicas aplicáveis aos serviços públicos concedidos;
2. impactos de carga tributária mais agressiva;
3. leis de mercado que venham a onerar os custos e limitar a oferta de crédito necessário à realização dos investimentos programados;

³⁹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 7º. Edición, Del Rey, 2003, p. XI-26.

⁴⁰ Prof.º Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que: *“O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade”*. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21º Edição, 2006, p.79.

⁴¹ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21º Edição, 2006, p.625.

4. acréscimos e decréscimos de obrigações impostas unilateralmente pela Administração Pública;
5. impactos da inflação ou deflação;
6. fato da Administração; e
7. fato do Príncipe.

Os impactos oriundos dos fatos acima citados poderão ensejar algum tipo de alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, ocasionando sua alteração, tão somente para fins de adequá-lo à equação econômico-financeira inicial contida na proposta apresentada na licitação.

Como apontam os Prof^{os}. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

“la Administración y el concesionario resultan ser, a virtud de este régimen, colaboradores estrechos em uma común tarea de satisfacer las necesidades públicas y partícipes, em común, de sus resultados cuando éstos rebasen el álea ordinário previsto em el contrato⁴²”.

Direitos e obrigações são equilibrados no contrato de concessão, para que a Administração Pública, de modo indireto, possa disponibilizar aos usuários, serviço público adequado a preço isonômico, não podendo ser superior ao que seria cobrado pela Administração Pública, caso optasse por executá-lo diretamente, e para que a iniciativa privada, seja adequadamente remunerada para sua execução, visando lucro compatível com o interesse público do serviço que realiza.

Cabe ao concessionário arcar com despesas e encargos inerentes à exploração do serviço público delegado, para tanto, será remunerado mediante cobrança de tarifas aos usuários e por outras soluções empresariais, por receitas alternativas previstas no contrato de concessão, como por exemplo, as decorrentes da ocupação da faixa de domínio da rodovia concedida para transmissão de energia elétrica ou de implantação de tubulação de gás natural. Havendo resultado positivo o concessionário perceberá os lucros, caso contrário suportará os prejuízos.

⁴² Curso de Derecho Administrativo, vol I, Madrid, Civitas, 2008, p. 759.

3.1. OBJETO DA LICITAÇÃO

O objeto da licitação deverá ser minuciosamente descrito no edital e consiste na indicação do serviço público a ser outorgado. Deve-se explicitar também eventual obra pública cuja execução deverá preceder a concessão, assim como indicadas as condições que individualizam e identificam a outorga.

Uma vez formalizada a relação contratual entre a Administração Pública e o adjudicatário, o contrato poderá sofrer alterações nos limites estabelecidos no processo licitatório e na legislação que autorizou a outorga do serviço público ao concessionário para o fim de atender ao interesse coletivo, não configurar desvinculação à licitação e para que não venham a ser caracterizadas como fraude ao procedimento licitatório e ofensa aos princípios que o regem.

Em que pese a mutabilidade do aspecto regulamentar do contrato de concessão, seu objeto é imutável por constituir aspecto contratual e deverá ser preservado, conforme ensinamentos do Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Igualmente imutável é o próprio objeto material da concessão, isto é, o tipo de serviço concedido, no que se inclui a modalidade técnica genérica segundo a qual será prestado. Assim, o concessionário de serviço de iluminação pública a gás não pode ser compelido a modificar-lhe o sistema de prestação para iluminação por energia elétrica. A concessão de geração de energia elétrica não impõe para o concessionário a obrigação de modificá-la para geração de energia atômica, se o concedente desejar a mudança do sistema de geração de energia⁴³”.

Aliás, há que se promover alterações que visam assegurar a maior adequação possível dos serviços públicos objeto da concessão, ainda que isso importe em alterações significativas das condições contempladas na licitação, no que tange as cláusulas a eles pertinentes, sem contudo desfigurar o objeto.

Na visão do Prof^o. Marçal Justen Filho:

“o edital da licitação deverá dispor acerca da solução para alterações previsíveis referentes à tecnologia de prestação dos serviços. Isso se passará quando a alteração não puder ser implantada imediatamente, seja por questões técnicas, seja por motivos econômicos. Então, dentre as obrigações

⁴³ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21ª Edição, 2006, p.684.

assumidas pelo concessionário, pode encontrar-se a de promover modificações total ou parcial da tecnologia da prestação dos serviços⁴⁴.

No entanto, alerta mencionado professor que:

“uma previsão desta natureza não pode frustrar o princípio da autorização legislativa prévia. Não se admite que o edital preveja modificações ou ampliações não autorizadas por lei. Quando muito, poderia inserir-se no edital a previsão de que tais modificações poderiam vir a ser introduzidas desde que uma futura lei assim o permitisse⁴⁵”.

Ao enfrentar a presente questão os Prof^{os}. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández posicionam-se do seguinte modo:

“Ya se advertió antes, sin embargo, que esta posibilidad de modificar el objeto del contrato no es sino uno de los términos que contribuyen a delimitar el punto en el que se produce el equilibrio contractual cuando lo que está en juego es el interés general inherente a la obra o al servicio público, y, que el mantenimiento de esse equilibrio está garantizado en todo caso por la Ley, em la medida em que la modificación de los términos de la prestación que debe el contratista lleva consigo el correlativo deber de la Administración de compensar a éste por los perjuicios que la modificación le suponga, de forma que permanezca inalterada la ecuación financiera que está en la base del contrato⁴⁶”.

Pelo exposto, sobrevivindo tecnologia inovadora que permita ao concessionário a prestação de serviços adequados, caracterizado pela generalidade, continuidade, cortesia, eficiência e modicidade tarifária, as partes poderão proceder à alteração do contrato de concessão nos estritos limites legislativos e contratuais e sem desfigurar seu objeto.

3.2. ALTERAÇÃO UNILATERAL

Modificações das condições da prestação dos serviços concedidos poderão ser unilateralmente realizadas pela Administração Pública, no exercício do seu poder regulamentar, oriundo da titularidade do serviço público.

Nesse sentido, Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que:

“O poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares confere-lhe a possibilidade de alterar condições de funcionamento do serviço. Por isso, pode impor modificações relativas à organização dele, a seu funcionamento e desfrute pelos usuários, o que inclui, evidentemente, as tarifas a serem cobradas⁴⁷”.

⁴⁴ Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, Dialética, 2003, p. 262.

⁴⁵ Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, Dialética, 2003, p. 262.

⁴⁶ Curso de Derecho Administrativo, vol I, Madrid, Civitas, 2008, p. 746.

⁴⁷ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21ª Edição, 2006, p.698.

As alterações poderão também ocasionar a supressão de obrigações inicialmente impostas ao concessionário ou, ainda, outras poderão ser acrescentadas ao contrato de concessão.

Trata-se no primeiro caso, por exemplo, do poder concedente ter incluído obra no Edital da licitação para ser executada pelo concessionário, no entanto, outro departamento havia incluído previamente no orçamento da Administração Pública, verba destinada à sua execução, tendo condição de executá-la em menor prazo que se realizada pelo concessionário, que observará o cronograma de execução de obras pré-estabelecido, beneficiando seus destinatários - os usuários - em período inferior.

Ao contrário, obras que não haviam sido incluídas no Edital poderão ser tidas como necessárias e urgentes à população e, neste caso, serem impostas ao concessionário para atendimento ao interesse público.

Às referidas alterações, o concessionário não poderá se opor, deixar de cumpri-las ou ainda pleitear a rescisão do contrato, desde que o objeto permaneça intacto.

Contudo, na hipótese de referidas alterações causarem demasiado ônus ao concessionário, por implicarem em aumento de encargos e obrigações, o mesmo fará jus a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nos termos do contrato de concessão.

Nesse sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, ao dispor que “*na concessão de serviço público é lícita a modificação pelo poder concedente do funcionamento do serviço desde que fique assegurado o equilíbrio contratual (RDA 95/132)*”.

Lembremos que a Administração Pública tem a prerrogativa e previsão legal de alterar unilateralmente o contrato de concessão, no entanto, em sendo mediante à recomposição da equação econômico-financeiro, tais alterações configuram-se consensuais.

3.3. REVISÃO

O concessionário é remunerado mediante cobrança de tarifa pela exploração de serviço público concedido. Referida tarifa, por compor a equação econômico-financeira,

poderá ser revisada a qualquer tempo ainda que o contrato de concessão vede o reajuste do preço por determinado período.

A revisão do preço da tarifa poderá ser tanto da equação econômica, como por exemplo, alteração de fórmula ou de índices, quanto da equação financeira, quando se revê o cálculo de despesas financeiras previstas no BDI (Benefício e Despesas Indiretas) e atuará no presente, mas com base em fatos ocorridos no passado e seu direito emerge quando se constata o desbalanceamento da equação econômico-financeira.

Desse modo, sempre que houver alteração unilateral do contrato que afete o seu equilíbrio deverá haver sua imediata recomposição.

Contudo, há que se registrar que a revisão da remuneração é um instrumento de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não de eliminação da álea ordinária do concessionário.

A álea ordinária, nos termos do disposto no item anterior, constitui risco normal inerente à atividade empresarial razão pela qual deve ser suportada pelo concessionário. Desse modo, o concessionário suportará também os riscos pela variação de demanda, mesmo que haja frustração de suas expectativas, pelo simples fato de não lhe serem assegurados consumidores cativos, assim como os inerentes à competição.

Apenas a álea extraordinária enseja revisão da remuneração do concessionário e lhe permite solicitar a recomposição da equação econômico-financeira, que subdivide-se em álea econômica e álea administrativa. A primeira pressupõe circunstâncias externas, imprevistas, imprevisíveis e alheias à vontade das partes às quais se aplicará a Teoria da Imprevisão. A segunda decorre de circunstâncias causadas pela Administração Pública, relacionando-se diretamente com o contrato, casos em que se invocará a Teoria do Fato da Administração, ou indiretamente e, neste caso, invocar-se-á a Teoria do Fato do Príncipe. Em ambos os casos, a Administração Pública irá responder pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Para o Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello a revisão das tarifas é:

“uma reconsideração ou reavaliação do próprio valor original tomado em conta como adequado para enfrentar equilibradamente os encargos. Assim, na revisão, dada a irrupção de encargos excedentes dos originais, a tarifa efetivamente muda, não apenas em sua expressão numérica, mas também na qualificação do próprio valor que lhe deve corresponder para que seja mantido o equilíbrio inicial entre os encargos dantes previstos e a correspondente retribuição⁴⁸”.

E, acrescenta a Prof^a. Lúcia Valle Figueiredo que a *revisão da remuneração do concessionário*:

“visa a atender casos especiais, como por exemplo, da alteração do contrato, tornando-o mais oneroso. Também há outras hipóteses como o fato da administração, quer seja da mesma autoridade ou de outra (exemplo típico é a criação de tributos novos a onerar a atividade desenvolvida)⁴⁹”.

Nem sempre a revisão ocasionará um aumento da tarifa embora seja, em regra, associada a uma fórmula para compensar perdas sofridas pelo concessionário em virtude do desequilíbrio da equação econômico-financeira original.

Assim, como a revisão visa preservar referida equação e há casos em que o concessionário auferir lucros/ganhos acima do previsto em sua proposta original, em defesa da coletividade e por interesse público, a redução da tarifa será utilizada para recompor a equação econômico-financeira do contrato em favor da Administração Pública

3.4. REAJUSTE

O reajuste anual de preço da tarifa será utilizado para recompor o equilíbrio econômico-financeiro resultante do aumento de custos decorrentes da desvalorização monetária.

Com o reajuste da tarifa busca-se preservar o status inicial da equação econômico-financeira, passível de se modificar por força da inflação. Desse modo, visa preservar o contrato tal como pactuado, sendo sua alteração periódica e, desde a instituição do Plano Real, o período mínimo para sua realização é de um ano. A alteração da periodicidade observará o princípio da legalidade.

⁴⁸ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21ª Edição, 2006, p.704.

⁴⁹ A equação econômico-financeira do contrato de concessão. Aspectos pontuais, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 7, 2006.

O concessionário poderá solicitar o primeiro reajuste do preço se entre o início da cobrança da tarifa e a data da entrega da proposta, adjudicação, homologação e assinatura do contrato tempo desarrazoado houver transcorrido ou até mesmo recomposição, na hipótese de acontecimentos supervenientes.

Conforme ensinamentos do Prof^o. Celso Antônio Bandeira de Mello o reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda:

“altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas atualizada, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que se lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela”⁵⁰.

Embora previsto contratualmente, o reajuste da remuneração necessitará ser previamente submetido à homologação do poder concedente, que tem a prerrogativa de avaliar a conveniência e a oportunidade da alteração diante das circunstâncias de fato notadas no momento em que sua aplicação deve ocorrer.

Para este fim, o poder concedente observará os índices ou fórmulas contratualmente estabelecidas, que poderão ser alteradas ao longo da execução do contrato de concessão, inclusive unilateralmente, e desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro original.

4 – CONCLUSÃO

Uma das atividades da Administração Pública é prestar serviço público sob a égide dos princípios jurídicos, dentre eles, o da legalidade, dignidade da pessoa humana, função social, boa-fé, moralidade e planejamento.

O serviço público pode ser prestado de modo indireto pela Administração Pública mediante concessão ao particular.

Uma das características que rege o acordo bilateral firmado entre a Administração Pública e o concessionário, que tem por objeto a prestação do serviço concedido, é a

⁵⁰ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 21ª Edição, 2006, p.704.

mutabilidade, a qual é também uma característica das concessões em face do vínculo direto entre as partes e as atividades coletivas essenciais.

Além disso, a mutabilidade é uma consequência da imposição do interesse público e durante sua realização deverá ser mantida a integridade do objeto do contrato de concessão e o seu equilíbrio econômico e financeiro.

Trata-se de um mecanismo de promoção da maior adequação do serviço público ao objeto da concessão, não obstante acarrete alterações significativas nas condições estipuladas na licitação e a ele concernentes, sem transmutá-lo ou desfigurá-lo. Essas alterações deverão ser realizadas na estrita observância ao princípio da supremacia do interesse público e do princípio da vinculação ao processo licitatório.

É a mutabilidade consagrada pelo ordenamento jurídico nacional e pelos princípios constitucionais informadores do Direito Administrativo e deverá ser realizada nos limites impostos ao cumprimento da finalidade do interesse público.

Independentemente de qual seja a motivação que leve a Administração Pública a promover, unilateralmente, a modificação do contrato de concessão, esta deverá ser justificada pelo interesse público e orientada pelos Princípios da Boa-fé e da Moralidade para que interesses individuais não tenham tratamento privilegiado em detrimento dos interesses coletivos.

Além de alterações unilaterais, acima expostas, o contrato de concessão poderá suportar alterações decorrentes do fato do príncipe, fato não previsto ou imprevisível e alheio a vontade das partes, ou ainda de fato da administração.

Em qualquer dos casos acima abordados, que constituem álea extraordinária e extracontratual, o concessionário fará jus a recomposição da equação econômico-financeira original do contrato de concessão, direito consagrado constitucionalmente ao prestador de serviço público concedido na exata medida dos encargos assumidos, desde que o preste de modo sustentável - econômico e financeiramente, adequado, eficiente, com qualidade e mediante cobrança de tarifas módicas.

A mutabilidade não poderá ser invocada em face da álea ordinária porque esta não enseja a recomposição da equação econômico-financeiro do contrato de concessão, por constituir risco suportado única e exclusivamente pelo concessionário.

Por fim, o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato poderá não ser apenas em favor do concessionário, como também ser em favor da Administração Pública ou, melhor dizendo, da coletividade, quando observado que, por fatores econômicos ou por supressão de obrigações, a concessionária passou a auferir lucros superiores aos previstos em sua proposta e desproporcionais aos encargos assumidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARBELÁEZ**, Gabriel Rojas. El Espiritu del Derecho Administrativo, 1972. Editorial Temis, Bogotá – Colômbia;
- ANDRADE**, Letícia Queiroz (organizadora). Decisões e Pareceres Jurídicos sobre Pedágio. Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR, 2005, São Paulo – São Paulo – Brasil;
- AMARAL**, Antônio Carlos Cintra. Inflação e Reequilíbrio Econômico Financeiro dos Contratos Administrativos. Parecer publicado no livro Licitação e Contratos Administrativos – Estudos, Pareceres e Comentários, 2006, páginas 185/203. Editora Fórum, Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil;
- AMARAL**, Antônio Carlos Cintra. Concessão de Serviço Público. Malheiros Editores, 2ª edição, 2002, São Paulo – São Paulo – Brasil;
- CÂMARA**, Jacintho Arruda. Tarifa nas Concessões. Malheiros Editores, 2009, São Paulo – São Paulo – Brasil;
- CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Livraria Almedina, Coimbra – Portugal;
- CASSAROTTO FILHO**, Nelson e Bruno Hartmut Kopittke. Análise de Investimentos - Matemática Financeira, Engenharia Econômica, Tomada de Decisão e Estratégia Empresarial. Editora Atlas, 9ª edição – 2000, São Paulo – São Paulo – Brasil;
- DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editora Atlas, 21ª edição – 2008, São Paulo – São Paulo – Brasil;
- DROMI**, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, 4ª edición, 1995, Buenos Aires – Argentina;
- EKMEKDJIAN**, Miguel Ángel. Tratado de Derecho Constitucional. Ediciones Depalma, Tomo II, 1994, Buenos Aires – Argentina;
- ENTERRÍA**, Eduardo García de y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, Decimocuarta Edición, vol 1, 2008, Civitas, Madrid – Espanha;
- FIGUEIREDO**, Lúcia Valle. Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão. Aspectos Pontuais. Artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Número 7 – agosto/setembro/outubro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil;
- FRAGA**, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa S.A, 1973, México – Mexico;
- GITMAN**, Lawrence J. Princípios de Administração Financeira, Terceira Edição, 1987, Editora Harbra, São Paulo – São Paulo – Brasil;
- GORDILLO**, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I – Parte General. Editora Del Rey, 7ª edição, 2003, Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil;
- GOMES**, Orlando. Contratos. Editora Forense, 2008, Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil;
- GOMES**, Orlando. Obrigações. Editora Forense, 15ª edição, 2005, Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil;
- GRANZIERA**, Maria Luiza Machado. Contratos Administrativos – Gestão, Teoria e Prática, Editora Atlas, 2002, São Paulo – São Paulo – Brasil;
- GASPARINI**, Diogenes. Direito Administrativo, 9ª Edição, Editora Saraiva, 2004, São Paulo – São Paulo – Brasil;
- JUSTEN FILHO**, Marçal. Algumas Considerações Acerca das Licitações em Matéria de Concessão de Serviço Público. Artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Número 1 – fevereiro/março/abril de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil;
- JUSTEN FILHO**, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. Dialética, 2003, São Paulo – São Paulo – Brasil;
- JUSTEN FILHO**, Marçal. O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário, conferência proferida no IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário, in Revista de Direito Tributário, Malheiros Editores, 1996, São Paulo – São Paulo – Brasil;

MEDAVAR, Odete. Coletânea de Legislação Administrativa Constituição Federal. Editora Revista dos Tribunais, 9º edição rev., ampl. e atual., 2009, São Paulo – São Paulo – Brasil;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 21º edição – 2006, Malheiros Editores, São Paulo – São Paulo – Brasil;

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 2007, São Paulo – São Paulo – Brasil;

MICHEL, Fernando Dutra – Coordenador. A Experiência Brasileira de Concessões de Rodovias. FIPE/USP, São Paulo – São Paulo – Brasil;

OLIVEIRA, Roberto Guena de – Coordenador. Avaliação do Equilíbrio Econômico - Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias. FIPE/USP, 2001, São Paulo – São Paulo – Brasil;

PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., Tomo I, Parte General, Decimoquinta edición, 2004, Madrid, Espanha;

PILÃO, Nivaldo Elias e Paulo Roberto Vampré Hummel. Matemática Financeira e Engenharia Econômica, A teoria e a prática da análise de projetos de investimentos. Thomson Learning Ltda., 2003, São Paulo – São Paulo – Brasil;

TÁCITO, Caio. O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público. Revista de Direito Administrativo, vol. 64, 1961, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil;

TÁCITO, Caio. O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público. Revista de Direito Administrativo, vol. 65, 1961, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil;

TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público. Editora Renovar, 1997, Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil;

WALD, Arnoldo, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald. O Direito de Parceria e a Lei de Concessões. Editora Saraiva, 2º edição rev. e atual, 2004, São Paulo – São Paulo – Brasil.