



CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO LEGISLATIVO

ESTUDO TÉCNICO ¹
Nº 7/2015/CAL/MD/CMRJ

Dezembro/2015

Assunto: A criação de novas obrigações aos concessionários de serviços públicos, seus requisitos e consequências.

Coordenação:

Maria Cristina Furst de F. Accetta
Consultora-Chefe da Consultoria e Assessoramento Legislativo

Editoração:

Carlos Albuquerque Lemos

Autores:

João Henrique de Oliveira Vieira
Consultor Legislativo em Direito

Pedro de Hollanda Dionisio
Consultor Legislativo em Direito

¹ COPYRIGHT DA CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO

© 2015 Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Este trabalho é de inteira responsabilidade de seus autores, não representando a opinião da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, nem dos seus parlamentares. São vedadas a venda, a reprodução parcial ou total e a tradução, sem prévia autorização por escrito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

RESUMO: O presente estudo trata da criação, por meio de lei, de novas obrigações ao concessionário de serviço público, abordando diferentes aspectos, como seus requisitos e consequências, de acordo com a legislação que trata do tema.

I – INTRODUÇÃO

1. O art. 175 da Constituição Federal prevê que os serviços públicos serão prestados diretamente pelo Poder Público ou indiretamente, através de concessão ou permissão. Quando prestado indiretamente, o mesmo dispositivo ainda prevê a necessidade de licitação, para a escolha da melhor proposta oferecida pelos particulares licitantes. Após regular processo licitatório, é celebrado um contrato administrativo entre o Poder Público concedente e o licitante vencedor.

2. Diante disso, percebe-se que todo o regime legal aplicável aos contratos administrativos incidirá sobre o instrumento pactuado pelas partes. Ademais, será aplicável a Lei nº 8.987/97, que prevê um regime especial aos contratos administrativos de concessão de serviços públicos. Isso se justifica pelo alto grau de utilidade e comodidade que o serviço público oferece à coletividade.

3. A previsão de ampla fiscalização do Poder Concedente e as diversas obrigações do concessionário, previstas nos arts. 3º, 23 e 30, da Lei n. 8.987/95, são exemplos do regime jurídico especial citado. Como se verá, o equilíbrio econômico-financeiro, presente em todos os contratos administrativos, mostra-se protagonista nas concessões de serviços públicos, tendo em vista sua complexidade, seu longo prazo de duração e sua intensa mutabilidade.

4. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos entes municipais diversas competências no que se refere à organização e prestação de serviços públicos, como é o caso, por exemplo, do transporte coletivo de passageiros (art. 30, inciso V, *in fine*).

5. Perante a Câmara Municipal do Rio de Janeiro, aliás, verifica-se a tramitação de diversos projetos que pretendem criar obrigações a concessionárias de serviços públicos municipais. Por tais motivos, faz-se conveniente a realização de estudo acerca dos pressupostos e consequências da criação de tais imposições pelo legislador.

II – DA INERENTE E ESPECIAL MUTABILIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESSÃO

6. Em primeira ordem, cumpre destacar que os contratos administrativos em geral são, em sua essência, mutáveis.

7. Isto se dá em razão da inerente mutabilidade do interesse público, a qual justifica permanentes alterações nos termos dos contratos a fim de adequá-los às atuais necessidades da coletividade, inclusive por meio de novas imposições legais. Trata-se do caráter dinâmico do interesse público, o qual deve ser acompanhado pelos contratos administrativos, conforme explica o professor e administrativista Alexandre Santos de Aragão:

“O contrato administrativo tem uma mutabilidade a ele inerente decorrente das cláusulas exorbitantes em favor da Administração e do caráter dinâmico do interesse público que deve realizar.”¹

8. No caso dos contratos administrativos de concessão em especial, porém, essa mutabilidade é ainda mais acentuada. Com efeito, a Lei nº 8.987/95, em seu artigo 6º, *caput*, e § 2º, exige a atualidade do serviço, o que significa a modernidade e permanente atualização, de acordo com as novas tecnologias existentes, das técnicas utilizadas para a sua prestação.

9. Ademais, os contratos de concessão de serviços públicos, geralmente, são extremamente complexos e possuem longos prazos de duração, haja vista o alto grau de investimento do concessionário e a necessidade de sua amortização. Tais fatores geram, de tempos em tempos, um inevitável descompasso entre o contrato e a realidade, a exigir sua permanente adaptação. Sobre o tema, transcreva-se a opinião doutrinária do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em parecer dedicado às concessões de rodovias:

“A doutrina destaca como uma das características dos contratos administrativos a possibilidade de mudanças nas suas cláusulas de execução, o que é muitas vezes denominado como mutabilidade do contrato administrativo. Trata-se, a rigor, do poder-dever conferido à Administração de alterar o objeto do contrato ou as condições de sua execução de modo que o ajuste realize da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração.

No caso dos contratos de concessão, porém, a mutabilidade assume feição particularmente marcante. A própria Lei nº 8.987/95 prevê que os serviços devem ser adequados, o que inclui a noção de atualidade. E a atualidade do serviço envolve “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”. Por isso mesmo, o

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 361.

próprio contrato deve procurar regular as previsíveis necessidades de alteração e expansão futuras. (...)

No âmbito da concessão de rodovias, em particular, por conta do prazo especialmente longo de duração dos contratos e da complexidade inerente ao seu objeto, a mutabilidade torna-se ainda mais típica.²

10. Some-se a tudo isto a tendência moderna do Direito Administrativo de desburocratização da Administração Pública, a partir de sua transformação pela gestão de resultados, consequência da introdução pela Emenda Constitucional nº 19/98 do princípio da eficiência no rol do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

11. Tal diretriz, ao invadir o campo dos contratos de concessão de serviços públicos, passa a desaconselhar uma ampla e exaustiva previsão em contrato das condutas, obrigações e técnicas a serem utilizadas pelo operador privado para a execução do objeto contratual.

12. O foco de preocupação passa a ser a concretização de metas e resultados, dotando-se o particular – que, obviamente, possui maior expertise que o Poder Público na sua área de atuação – de maior flexibilidade e autonomia para definir seu modo de agir. Como consequência desta incompletude contratual, os contratos de concessão tornam-se ainda mais flexíveis e mutáveis. Não é outra a opinião do jurista Flavio Amaral Garcia:

“Tradicionalmente, o contrato estruturador de um projeto de relevante interesse público era um repositório de condutas e obrigações que deveriam ser cumpridas pelo concessionário. A sua nota característica era uma regulação amplamente descritiva e analítica das obrigações e deveres do parceiro privado, remanescendo pouco espaço de liberdade para o contratado inovar ou implementar os seus próprios mecanismos de gestão.

A regulação contratual, alicerçada na ampla e exaustiva predeterminação do projeto, das obrigações, da conduta, das técnicas a serem utilizadas durante a execução e de praticamente todo o conteúdo substantivo do objeto contratual, relaciona-se com um método de exercício da função administrativa calcado na unilateralidade, imperatividade e exclusividade da Administração Pública em definir os modos de atingimento dos interesses públicos.

Essa forma de estruturar e regular o contrato incrementa e dificulta o ônus fiscalizatório do ente contratante, além de submeter o contratado a uma rígida forma de atuar, o que incide em uma *contradictio in terminis*, porquanto a lógica de colaboração com o setor privado pressupõe o acréscimo de eficiência que o operador econômico possa agregar na consecução das tarefas públicas submetidas a uma exploração com conotação empresarial.

² BARROSO, Luís Roberto. *Concessão rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras novas a pedido do Poder Público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e limites.* Disponível em http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/concessao_rodoviaria.pdf. Acesso em 28.09.2015.

É sob a influência de uma auspiciosa e renovadora doutrina voltada à busca do resultado como objetivo maior a perseguir na atividade administrativa que, também, no campo da regulação contratual, o foco de preocupação se orienta para a concretização das finalidades, com maior flexibilização e autonomia para o operador privado definir meios, métodos, técnicas e modos de agir para atingir as metas. (...)

Essa regulação contratual por performance favorece a flexibilidade e a mutabilidade inerente às relações contratuais duradouras. Explica-se: quanto maior a sua autonomia na implementação de metodologias — sempre agudamente impactadas pela evolução tecnológica — maior a capacidade de adaptação do contratado.³

13. É preciso destacar, por fim, que a mutabilidade dos contratos não é ilimitada. Devem ser respeitados certos parâmetros, gerais e específicos, para que a alteração não viole os princípios licitatórios, notadamente os da competitividade e da isonomia. Como exemplo, veda-se que a alteração contratual venha a desconfigurar por completo o objeto inicialmente licitado. Caso venha a ser necessária uma alteração de tamanha envergadura, deve-se, em regra, extinguir o contrato existente e realizar uma nova licitação, dando-se a oportunidade a outros atores econômicos de executar o novo objeto contratual.

14. Diante disso, percebe-se que a mutabilidade é inerente aos contratos de concessão, sendo um importante instrumento para que eles acompanhem as naturais alterações das necessidades sociais. Como se passa a tratar, porém, as modificações dos contratos de concessão, por expressa determinação constitucional e legal, devem ser acompanhadas da recomposição de sua equação econômico-financeira inicial.

III – DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E DA NECESSIDADE DE SUA MANUTENÇÃO

15. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, conceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello como a “*relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá*”⁴, possui embasamento constitucional no art. 37, XXI, da Constituição Federal, o qual prevê a manutenção das condições inicialmente pactuadas, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

³ GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências*. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 3, n. 5. Mar./Ago. 2014. p. 64.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22º Ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 620.

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

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.” **(sem grifos no original)**

16. Especificamente quanto aos contratos de concessão de serviços públicos, além da previsão constitucional acima assinalada, é imposta a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pelo art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões), *in verbis*:

“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.”

17. Importante ressaltar que essa obrigação é uma via da mão dupla, pois tanto o particular, quanto a Administração Pública podem ser favorecer do seu reequilíbrio. Contudo, na prática, a maioria dos casos importa no aumento da contraprestação ao licitante vencedor.

18. A equação econômico-financeira se estabelece no momento em que a proposta do licitante vencedor é apresentada à Administração Pública. Isto se dá porque é no edital convocatório onde o Poder Público divulga suas condições contratuais e, com base nele, o particular apresenta sua proposta, delimitando suas margens de custo/lucro, em tese, melhores possíveis para vencer o certame. Sobre o tema, vejamos as palavras de Marçal Justen Filho:

“A equação econômico-financeira se delineia a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira de constante. A partir de então, esta equação está protegida e assegurada pelo direito.”⁵

19. Contudo, essa proteção não pode ser interpretada como um escudo dos insucessos das atividades do concessionário, pois o art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95 expressamente estabelece que a prestação do serviço público pelo concessionário se executa por sua conta e risco.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12º Ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 717.

20. Com o objetivo de esclarecer essa expressão, a doutrina dividiu a álea da prestação do serviço público em ordinária e extraordinária. O Poder Público não poderia suportar todos os riscos da atividade empresarial, bem como a concessionária não poderia assumir todos os riscos da execução. Diante disso, o particular deverá arcar com a álea ordinária, aquela que abrange eventos previsíveis da atividade econômica, decorrente da sua mera colocação no mercado.

21. Por sua vez, a Administração Pública suportará a álea extraordinária, comportando os eventos imprevisíveis ou previsíveis com efeitos imprevisíveis, conforme o previsto no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93. A álea extraordinária se divide em álea administrativa e álea econômica. A primeira se subdivide em fato do príncipe, quando ações ou omissões governamentais onerosas repercutem indiretamente no contrato, e fato da Administração, quando ações ou omissões administrativas gravosas incidem diretamente no contrato⁶. A álea econômica consiste em fatos econômicos imprevisíveis ou previsíveis com efeitos imprevisíveis, que independem da vontade das partes. Nesse sentido, vejamos a lição de Carlos Ari Sunfeld:

“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.”⁷

22. A criação de supervenientes obrigações ao concessionário por meio de lei poderá ser classificada como fato da Administração ou fato do princípio caso venha a trazer, de forma genérica ou específica, respectivamente, novos ônus ao particular. Em qualquer caso, configurará álea extraordinária que deverá ser suportada pela Administração.

23. Inclusive, a própria Lei nº 8.987/95 prevê o reequilíbrio da equação econômico-financeira na ocasião de aumento de tributos, que nada mais é do que a criação, por lei, de novas obrigações ao concessionário, conforme dispõe o art. 9º, § 3º, do mencionado diploma legal:

“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.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo.*, p. 365.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo.* 2º ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 239.

(...) § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.” (sublinhou-se)

24. Sobre o tema, cumpre ainda destacar o firme entendimento da jurisprudência no sentido de prestigiar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Para ilustrar tal posicionamento, vejamos o seguinte julgado oriundo do E. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE EMPREITADA. PLANO CRUZADO. CONGELAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. **PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO.** A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, **há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato. Às prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual.** É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza. Os termos iniciais da avença não de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento. (...)” (STJ, REsp nº 216.018/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, j. em 05.06.2001)

25. É importante salientar, porém, que a recomposição deve ocorrer de forma concomitante à alteração das condições contratuais que causem o seu desequilíbrio. Trata-se, aliás, do que expressamente dispõe o já citado artigo 9º, § 4º da Lei nº 8.987/95:

“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.” (sem grifos no original)

26. Isto quer dizer que a eficácia do ato estatal que cria o desequilíbrio deve ser acompanhada das medidas de recomposição das bases do contrato administrativo. Em verdade, conforme ensina Alexandre Aragão, não há que se falar sequer em desequilíbrio do contrato de concessão, visto que o Poder Público deve promover, concomitantemente à medida de desequilíbrio, a alteração unilateral que o recomponha às suas bases originais:

“O art. 9o, § 4o, Lei no 8.987/1995, determina que, em caso de desequilíbrio da equação econômico-financeira da concessão acarretado por alteração unilateral do contrato, sua readequação deve se dar “concomitantemente”. Em outras palavras, o ato do Estado

que, alterando o contrato, onerar ou desonerar o concessionário deve conter, em si próprio ou em ato paralelo emitido na mesma oportunidade, a forma de recomposição da equação econômico financeira inicial. Nesses casos será mais correto falar em obrigação de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do que de sua recomposição, já que ele nem pode chegar a ser alterado para depois ser recomposto. A própria modificação unilateral do contrato deve ab ovo mantê-lo.”⁸

27. A doutrina destaca, ainda, a grande importância econômica de o Poder Concedente promover o reequilíbrio do contrato de concessão da forma mais rápida possível. É que, ao atrasá-lo, o Poder Público está, na prática, financiando sua dívida contratual junto ao concessionário utilizando-se de uma taxa de juros muito mais alta do que aquelas praticadas no mercado pelas instituições financeiras. Transcreva-se, sobre o ponto, a detalhada explicação dos professores Mauricio Portugal Ribeiro e Denise Nefussi Mandel:

“A demora na solução dos pleitos de reequilíbrio, contudo, do ponto de vista econômico-financeiro representa na prática a realização de financiamento do Poder Concedente junto ao concessionário.

Explicamos melhor: como a remuneração do concessionário pelos seus investimentos na concessão é a sua taxa interna de retorno - que funciona como a taxa de juros de um empréstimo - ao atrasar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o Poder Concedente está, na prática, se financiando junto ao concessionário usando, para tanto, desnecessariamente, uma taxa de juros extremamente alta (para um Estado como o de São Paulo em torno de 8-9% a.a., em termos reais, o que, com a inflação atual quer dizer uma taxa em torno de 17-18% a.a. em termos nominais) em relação ao custo de captação de entes públicos junto a bancos públicos (de 6-8% a.a. em termos nominais, com o BNDES ou Caixa Econômica Federal), ou órgãos multilaterais. Isso ocorre porque a taxa interna de retorno de uma concessão ou PPP reflete os riscos do concessionário na execução do contrato de concessão ou PPP (e não, como ocorreria em um financiamento comum ao Poder Concedente, apenas o risco de pagamento do Poder Concedente). A diferença pode ser maior que 9 pontos percentuais, o que significa, portanto, uma enorme perda para o Poder Concedente (ou para os usuários), que terá que pagar uma dívida contratual muito mais alta em decorrência do atraso na realização do reequilíbrio do contrato.

De uma perspectiva financeira, como visto acima, muito mais eficiente do que adiar o reequilíbrio seria o Poder Concedente se endividar junto ao setor bancário e pagar ao concessionário, ou simplesmente, quando se tratar de concessão com cobrança de tarifa ao usuário, aumenta-la para cobrir o desequilíbrio.”⁹

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013, p. 45.

⁹ RIBEIRO, Mauricio Portugal e MANDEL, Denise Nefussi. *O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa?* Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227206,61044-O+atraso+em+reequilibrar+contratos+de+concessao+e+PPP+pode+ser>. Acesso em 25.09.2015.

28. Assim é que a manutenção da equação econômico-financeira dos contratos de concessão é um ato vinculado da Administração Pública, ou seja, não há margem de discricionariedade acerca do tema. Eventuais alterações impostas pelo Poder Público, como é o caso de novas obrigações impostas ao concessionário por lei, devem ser acompanhadas do correspondente e concomitante reequilíbrio da equação contratual, fixada quando da apresentação da proposta.

IV – DAS FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

29. Vista a inerente mutabilidade dos contratos de concessão, bem como a necessidade da manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, passa-se a dissertar, de forma não exaustiva, sobre as diversas formas que o Poder Público pode se valer para que recomponha a equação contratual.

30. A forma mais conhecida para atingir tal fim, primeiramente, é a majoração das tarifas cobradas dos usuários. De fato, esta alternativa tem o benefício de não onerar – ao menos de forma direta – o Poder Público com o reequilíbrio do contrato, posto que repassa os custos da imposição criada aos usuários do serviço. De outro lado, porém, desatende ao princípio da modicidade tarifária, importante princípio específico dos serviços públicos, previsto no artigo 6º, §1º da Lei nº 8.987/95¹⁰.

31. A recomposição do equilíbrio do contrato de concessão, ademais, pode ocorrer por meio da previsão de novas receitas alternativas, complementares, acessórias ou de novos projetos associados em favor da concessionária, conforme permite o artigo 11 da Lei nº 8.987/95.

32. Tratam-se de receitas que não tem como fonte direta a exploração do objeto da concessão, mas sim atividades econômicas a ele estranhas, apesar de, muitas vezes, aproveitar a estrutura já existente. É o caso, por exemplo, nas concessões de transporte coletivo público de passageiros, da autorização ao concessionário para que utilize as janelas traseiras dos ônibus para a veiculação de propagandas.

33. É possível, ainda, em favor do reequilíbrio, reduzir as obrigações do concessionário previstas no contrato ou mesmo aumentar seus direitos. Nessa mesma linha, outra forma bastante utilizada de recomposição é a prorrogação do prazo

¹⁰ “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade das tarifas**.”

contratual, o que, conforme dispõe o art. 23, inciso XII, da Lei nº 8.987/95¹¹ e apontado pela doutrina, deve estar originariamente previsto no respectivo instrumento.

34. É viável, por último, que o reequilíbrio se dê por meio do pagamento de indenização pecuniária direta pelo Poder Concedente ao concessionário, ou mesmo pela cessão gratuita ou subsidiada de bens públicos em seu favor. No ponto, é comum que tais bens sejam por ele utilizados como forma de obtenção de receitas alternativas.

35. Portanto, viu-se que a recomposição do equilíbrio dos contratos de concessão pode se dar de diferentes formas, que envolvam ou não o dispêndio de recursos diretos pelo Poder Público, devendo-se escolher aquele que se faz mais adequado às peculiaridades do caso concreto.

V – DA CONVENIENTE MENÇÃO À FONTE DE CUSTEIO

36. Como acima visto, a introdução de novas obrigações por meio de lei desequilibra a equação econômico-financeira do contrato de concessão, o que, por imposição legal e constitucional, demanda sua concomitante recomposição.

37. Por se tratar de fato que integra a álea extraordinária do contrato – ora sendo classificado como fato do príncipe, ora como fato da Administração – o reequilíbrio deve ser, em regra, arcado pela Administração Pública, o que poderá lhe gerar custos financeiros, dependendo da forma de recomposição escolhida.

38. Nesse contexto, cabe destacar que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 112, § 2º, proíbe a tramitação de projetos de leis que concedam gratuidade em concessões de serviços públicos delegadas sem a indicação da respectiva fonte de custeio, *in verbis*:

“Art. 112 (...)

§ 2º - Não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da fonte de custeio.”

39. De forma semelhante, o artigo 35 da Lei Federal nº 9.074/95 condiciona a estipulação de novos benefícios tarifários à previsão em lei da origem dos recursos que os custearão ou da simultânea revisão tarifária, da seguinte forma:

“Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da

¹¹ “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XII - às condições para prorrogação do contrato;”

estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

40. De fato, o motivo por detrás das normas acima transcritas é o fato de que a instituição por lei de gratuidades ou benefícios tarifários em serviços públicos concedidos implica, necessariamente, em novos gastos para o Poder Público, tendo em vista o desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato e a sua necessária compensação. A indicação da fonte de custeio, assim, representa importante medida que garante austeridade nos gastos públicos, respeito à responsabilidade fiscal e a continuidade do serviço público.

41. Nesse particular, ponha-se em destaque que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, em sede de controle concentrado, a constitucionalidade do artigo 112, § 2º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. No voto do Relator, Exmo. Ministro Cezar Peluso, destacou-se a importância da indicação pela lei da fonte de custeio da gratuidade, por atender aos princípios acima mencionados. Senão vejamos:

“A exigência da indicação da fonte de custeio para autorizar a gratuidade na fruição de serviços públicos em nada impede sejam estes prestados graciosamente, donde não agride nenhum direito fundamental do cidadão. A medida reveste-se, aliás, de providencial austeridade, uma vez que se preordena a garantir a gestão responsável da coisa pública, o equilíbrio na equação econômico-financeira informadora dos contratos administrativos e, em última análise, a própria viabilidade e continuidade dos serviços públicos e das gratuidades concedidas.” (ADI nº 3.225, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 17.09.2007)

42. E, de fato, as razões que levaram o constituinte estadual a editar o art. 112, § 2º da Constituição fluminense, bem como o legislador federal a criar o art. 35 da Lei nº 9.074/95, aplicam-se, *in totum*, à criação, por meio de lei, de novas obrigações ao concessionário. Em verdade, as gratuidades e benefícios tarifários nada mais são do que espécies de obrigações do concessionário impostas por normas jurídicas.

43. As gratuidades e benefícios tarifários, assim como qualquer outra nova obrigação criada por lei ao concessionário, desequilibrarão a equação econômico-financeira do contrato de concessão, a exigir sua pronta recomposição pelo ente federativo, o que, não raramente, lhe gerará gastos.

44. Assim é que, embora não haja uma incidência – ao menos de forma direta – dos referidos dispositivos a todas as leis que criem obrigações aos concessionários, é lícito dizer, ao menos, que é conveniente ao legislador apontar a fonte que custeará eventuais dispêndios de recurso pelo Poder Público. Isto, como forma de realização, dentre outros,

dos princípios da responsabilidade fiscal, da continuidade do serviço público e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

VI – CONCLUSÃO

45. Diante de todo exposto, após abordar a mutabilidade intrínseca dos contratos de concessão de serviço público, restou concluído que é obrigação constitucional e legal do Poder Concedente a manutenção da equação econômico-financeira do contrato até seu termo final. Desse modo, exige-se, inclusive por imperativo econômico, que qualquer obrigação criada ao concessionário de serviço público por meio de lei deva ser acompanhada da medida de recomposição do equilíbrio contratual.

46. Ademais, foram expostas as diferentes formas de manutenção da citada equação, as quais podem ou não onerar o Poder Público e os usuários do serviço público, ressaltando-se que deve ser escolhida aquela que, *in casu*, melhor atende ao interesse público.

47. Por fim, com base no art. 112, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e no art. 35 da Lei Federal nº 9.074/95, bem como nos princípios da responsabilidade fiscal, da continuidade do serviço público e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, ressaltou-se a conveniência de a lei que cria novas obrigações ao concessionário indique a fonte que custeará o inevitável reequilíbrio do contrato de concessão.

Nesse sentido, concluiu esta consultoria.

Autores:

JOÃO HENRIQUE DE OLIVEIRA VIEIRA
Consultor Legislativo em Direito
Matrícula 10/815.025-2

PEDRO DE HOLLANDA DIONISIO
Consultor Legislativo em Direito
Matrícula 10/815.018-7

Coordenação:

MARIA CRISTINA FURST DE F. ACCETTA
Consultora-Chefe da Consultoria e Assessoramento Legislativo
Matrícula 60/809.345-2

Consultoria e Assessoramento Legislativo

Este trabalho não exprime a posição institucional da Câmara Municipal do Rio de Janeiro ou dos seus Vereadores.