

MARÇAL JUSTEN FILHO
RAFAEL WALLBACH SCHWIND
COORDENADORES

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

REFLEXÕES SOBRE OS 10 ANOS
DA LEI 11.079/2004

Adilson Abreu Dallari • Alécia Paolucci Nogueira Bicalho • Alexandre Wagner Nester • Aline Lúcia Klein • André Guskow Cardoso • Augusto Neves Dal Pozzo • Bernardo Strobel Guimarães • Carlos Vinícius Alves Ribeiro • Carolina Mota • Cesar A. Guimarães Pereira • Cristiana Fortini • Dinorá Adelaide Musetti Grotti • Eduardo Jordão • Egon Bockmann Moreira • Fernando Dias Menezes de Almeida • Fernando Vernalha Guimarães • Fernão Justen de Oliveira • Flavio Amaral Garcia • Flávio Henrique Unes Pereira • Floriano de Azevedo Marques Neto • Guilherme F. Dias Reisdorfer • Guilherme Jardim Jurksaitis • Gustavo Binenbojm • José Vicente Santos de Mendonça • Juliana Bonacorsi de Palma • Juliane Erthal de Carvalho • Karlin Olbertz Niebuhr • Luiz Felipe Hadlich Miguel • Marçal Justen Filho • Marco Aurélio de Barcelos Silva • Marcos Augusto Perez • Marina Fontão Zago • Mario Engler Pinto Junior • Mário Saadi • Mauricio Portugal Ribeiro • Odete Medauar • Pedro Jatene • Priscila Giannetti Campos Pires • Rafael Wallbach Schwind • Ricardo Barretto de Andrade • Rodrigo Goulart de Freitas Pombo • Sergio Ferraz • Sérgio Guerra • Tarcila Reis • Vera Monteiro • Vitor Rhein Schirato



THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**

MARÇAL JUSTEN FILHO
RAFAEL WALLBACH SCHWIND

COORDENADORES

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Em dezembro de 2014, completaram-se dez anos da vigência da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004). No início, a utilização da concessão patrocinada e da concessão administrativa – as duas modalidades de PPP – foi tímida. Com o passar do tempo, foi-se evidenciando que a PPP é um instrumento indispensável para a Administração Pública. Em certas hipóteses, a PPP é a única alternativa disponível para satisfazer necessidades coletivas. Por isso, há um interesse crescente relativamente ao tema e uma utilização cada vez mais frequente dos contratos de PPP.

O presente livro reúne estudos de especialistas baseados nas experiências vividas desde a edição da Lei 11.079/2004 e contém propostas de solução para os problemas identificados. Alguns dos artigos consideram a disciplina legal em termos gerais. Outros examinam questões setoriais. No seu conjunto, a obra apresenta um profundo exame do regime das Parcerias Público-Privadas, com a formulação de soluções para questões teóricas e práticas.

ISBN 978-85-203-5918-1



9 788520 359181



THOMSON REUTERS

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS
REFLEXÕES SOBRE OS 10 ANOS
DA LEI 11.079/2004**

MARÇAL JUSTEN FILHO
RAFAEL WALLBACH SCHWIND

Coordenadores

© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso *site*: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [01-2015]

Profissional

Fechamento desta edição [13.01.2015]



ISBN 978-85-203-5918-1

ADILSON
Membro
Cons
de Al
Instit
Estu
Facu

ALECIA
Diretora
cons

ALEXAN
Mestre

ALINE I
Doutor

ANDRÉ
Mestre

AUGUS

Douto
do
rat
e F
Pó
cu
Ar
Fe
Es
ci
In
or
A

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E TAXA INTERNA DE RETORNO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

SÉRGIO GUERRA¹

Pós-doutor em Administração Pública. Doutor e Mestre em Direito. Coordenador do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito-Rio. Professor Titular de Direito Administrativo da FGV Direito Rio, ocupando o cargo de Vice-Diretor de ensino, pesquisa e Pós-graduação. *Visiting Researcher* – Yale Law School (Fall, 2014). Editor da *Revista de Direito Administrativo*. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB-RJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As PPPs como espécie do gênero "concessão" – 3. O equilíbrio econômico-financeiro nas PPPs – 4. A Taxa Interna de Retorno nas PPPs sob a ótica normativa – 5. A Taxa Interna de Retorno nas PPPs sob a ótica dos órgãos de controle – 6. Conclusões – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Considerando que o Estado brasileiro tem a função de prestar serviços públicos, e, nessa senda, não dispõe de meios financeiros para atender integralmente as necessidades da sociedade, chegou-se ao modelo das parcerias público-privadas (PPPs). O modelo de PPPs foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, em âmbito federal, por intermédio da Lei 11.079/2004,² sendo definido como um con-

1. Agradeço os subsídios recebidos do Professor Doutor Egon Bockmann Moreira para a elaboração do presente artigo.

2. A terminologia "parceria público-privada" é utilizada, aqui, em seu sentido preciso. Não se pode desconsiderar, entretanto, a existência de outros institutos, anteriormente às PPPs,

trato de longo prazo de duração em que se atribui ao parceiro privado o dever de executar obra pública e prestar serviço público mediante remuneração, que poderá ser por diversos meios, mediante garantia especial.

Nesse sentido, uma das finalidades das PPPs consiste em antecipar investimentos que exigiriam muito tempo para serem feitos apenas com recursos públicos, cabendo ao parceiro privado a obrigação de adiantar recursos financeiros a serem recebidos no futuro, de uma vez ou em parcelas.³ Desse modo, cabe à iniciativa privada realizar primeiramente os investimentos e a obra necessários à colocação do serviço à disposição da população e, apenas após estar o serviço em operação, o Poder Público ingressa com recursos financeiros, seja complementando a tarifa ou remunerando integralmente o serviço prestado.⁴

Com efeito, o que se pretende com as PPPs é ajustar com o particular a contratação total para a viabilização de um equipamento público, envolvendo obras, serviços etc. e, nestes termos, a norma nacional, editada há 10 anos pelo Congresso Nacional, acabou por delinear as PPPs como sendo uma espécie de concessão.

O art. 2.º, § 4.º, III, da Lei 11.079/2004, tem por objetivo impedir o desvirtuamento da finalidade das PPPs, uma vez que o seu intuito, como visto, é permitir a iniciativa privada adiantar investimentos que, em princípio, seriam realizados pelo Poder Público. Dessa forma, as PPPs voltam-se a objetivos que exigem a consecução de obras de grande vulto, atreladas à prestação de serviços, não se aplicando para simples compras, prestações de serviços ou realização de obras de engenharia, as quais devem seguir sendo regidas pela Lei Geral de Licitações e Contratos

que, em distintos graus, permitem a participação da iniciativa privada na consecução de finalidades públicas ou socialmente relevantes. Nesse sentido, citem-se as sociedades de economia mista, as organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, as concessões tradicionais, os convênios, dentre outras. Ver, a respeito, ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPPs no direito brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (coord.). *Parcerias público-privadas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. vol. XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 54.

3. PASIS, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infraestrutura pública. *Revista do BNDES*. vol. 10. n. 20. p. 184. Rio de Janeiro, dez. 2003.
4. Merece registro que desde a edição da Lei 12.766/2012, é possível o escalonamento de pagamentos por etapa já concluída dos serviços. Nesse sentido, dispõe o art. 7.º da Lei 11.079/2004: “Art. 7.º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. § 1.º É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela frutível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. § 2.º O aporte de recursos de que trata o § 2.º do art. 6.º, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas”.

Administrativos (Lei 8.666/1993) e, quando relativos a serviços públicos, aplicando-se a Lei 8.987/1995.

Diante desse elenco de direitos e obrigações apresentadas na norma que disciplina as PPPs, pode-se afirmar, no que se refere, por exemplo, aos riscos do negócio, que no modelo de contratação disciplinado pela Lei 8.666/1993, todos os riscos permaneciam com a Administração Pública na captação dos recursos para atividade de interesse da Administração.⁵ Nesse caso, realizavam-se contratos de obras públicas com recursos previstos em orçamento.

Este, como se vê, não é o formato desejado para as atividades a serem realizadas por meio das PPPs. Conforme visto, a principal característica das PPPs consiste no fato de que o particular receberá parte ou toda sua remuneração do Poder Público. Dessa forma, a lei buscou proteger o investidor contra o risco de inadimplemento da Administração prevendo que os contratos de PPPs poderão ser protegidos por garantias outorgadas pelo Poder Público ao parceiro privado; assim, caso o Poder Público deixe de pagar a contraprestação⁶ pactuada, o parceiro privado poderá exigir a garantia.⁷

Para além das discussões sobre a natureza dessas garantias,⁸ pouco ainda se debate acerca do equilíbrio econômico e financeiro nas PPPs, em que pese a sua obri-

5. A título exemplificativo tem-se a instalação de uma repartição pública destinada a um museu ou estádio de esportes.

6. Sobre as diversas formas de contraprestação pecuniária, ver SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 234 e ss.

7. Especificamente no que se refere às PPPs da União, o art. 16 autorizou a União, suas autarquias e fundações públicas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 em fundo garantidor de parcerias público-privadas – FGP, com a finalidade de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais.

8. Conforme é sabido, em regra, as dívidas do Estado são pagas por meio de precatório, de forma que parte da doutrina vislumbra inconstitucionalidade na existência do fundo garantidor das PPPs, por ofensa ao princípio do precatório. Sustentando a constitucionalidade do fundo, manifesta-se Fabiana Andrada Rudge Braga: “A Lei 11.079/2004, ao instituir o FGP na forma de um fundo de natureza privada e patrimônio próprio, separado do patrimônio dos cotistas, sujeito a direitos e obrigações próprios, criou, na verdade, uma nova espécie de entidade sem personalidade jurídica ou, conforme usualmente designado, uma universalidade de direito que, embora destituída de personalidade jurídica, goza de algumas faculdades que somente a esta são comuns, sendo que a gestão, a representação judicial e extrajudicial, no caso do FGP, ficam a cargo da instituição financeira controladora. A execução contra a Fazenda não se faz devida em razão da dívida que se visa quitar, mas, como regra, da natureza dos bens da pessoa executada. Assim, a partir do momento em que o patrimônio deixa de ser público e passa a ser privado, independentemente de visar garantir um interesse público, ele deixa de estar submetido à sistemática dos precatórios”.

gatória observância, ainda que não previsto expressamente na Lei 11.074/2009,⁹ notadamente no que se refere à garantia ou não de preservação da Taxa Interna de Retorno do negócio avençada quando da contratação.

Passada uma década da edição daquela normativa, investidores começam a se preocupar acerca de como ocorrerá o reequilíbrio econômico-financeiro nas PPPs patrocinadas, em que há, parcialmente, contraprestação por meio de tarifa, notadamente, se a Taxa Interna de Retorno – TIR será mantida durante todo o contrato.

Em resumo, considerando as peculiaridades do contrato de PPPs, cumpre examinar esses aspectos absolutamente relevantes para atrair e manter o interesse do parceiro privado nestes contratos de longo prazo, viabilizando o instituto.

2. As PPPs COMO ESPÉCIE DO GÊNERO “CONCESSÃO”

Quanto a sua categorização, as PPPs constituem espécies do gênero “concessão”, e se dividem em PPPs patrocinadas e PPPs administrativas,¹⁰ tendo a norma

rios, passando a ser regido por normas comuns da execução civil. Mas isso, é claro, somente até o limite do montante integralizado pelos cotistas. As obrigações que não puderem ser garantidas pelo fundo, por falta de liquidez deste, terão que ser executadas, ainda que consubstanciadas em título extrajudicial, diretamente em face do patrimônio do parceiro público, sujeitando-se, já então, como visto, às disposições da Constituição Federal (art. 100) e do Código de Processo Civil (arts. 730 e 731)”. BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. PPP: O fundo garantido, a execução das garantias e a compatibilidade com o sistema constitucional dos precatórios. In: GARCIA, Flávio Amaral (coord.). *Parcerias público-privadas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. vol. XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 238-239. Veja-se a posição de Marçal Justen Filho, apontando a ausência de credibilidade do Estado brasileiro, em face dos potenciais credores, em JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 783.

9. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 155.

10. Conforme definidas no art. 2.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 11.079/2004: “Art. 2.º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1.º. Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2.º. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. A doutrina critica a expressão “concessão administrativa”. Segundo José dos Santos Carvalho Filho: “A expressão é vaga e de difícil inteligência. Ao que parece a lei pretendeu dar em concessão uma série de atividades tipicamente administrativas, para as quais precisará de investimentos do setor privado”. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 465.

de regência definido que a característica que distingue as PPPs das demais concessões, consiste na contraprestação pecuniária por parte da Administração Pública.¹¹

A concessão de serviços públicos está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 175.¹² Saliente-se que, visando atender o determinado nesse dispositivo da Carta Magna, foi editada em 13.02.1995, a Lei federal 8.987, que veio a estabelecer normas para as concessões de serviços públicos. A concessão de serviços públicos corresponde a uma forma descentralizada de sua prestação, que se cristaliza através de um contrato administrativo, por meio do qual o Poder Público competente (poder concedente) transfere ao particular (concessionário) a execução de determinado serviço público, sob sua regulação,¹³ mediante o pagamento de tarifas pagas pelos usuários.

Considerando toda a complexidade de uma concessão de serviço público, o constituinte definiu alguns *standards* indispensáveis à normatização legal da matéria, a saber: o regime das empresas concessionárias de serviços públicos; o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação; as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; a política tarifária e, por fim, a obrigação de manter o serviço adequado.

Todos estes aspectos foram disciplinados, como dito, em sede federal pela Lei 8.987/1995. Esta normativa apresenta-se, portanto, como sendo a principal base legal a dar suporte ao reequilíbrio econômico e financeiro de qualquer concessão.

As PPPs, como concessões,¹⁴ são formalizadas por meio de contratos que devem conter, no que couber, as disposições referentes às concessões de serviços públicos

11. Nesse sentido, dispõe o art. 2.º, § 3.º, da Lei 11.079/2004: "§ 3.º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado".
12. "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado."
13. Regulação no sentido por apresentado no Capítulo I de GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
14. Sobre as discussões acerca da suposta inconstitucionalidade do modelo de PPPs com base no disposto no art. 175 da CF, recomenda-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Fundamentos e conceituação das PPP*. In: _____; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 24.

a que se refere o art. 23 da referida Lei 8.987/1995; isto é, além dos dispositivos aplicáveis às PPPs, esta normativa incluiu diversos pontos. São eles: o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5, nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação; as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos; o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas; o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços.¹⁵

3. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS PPPs

O equilíbrio econômico-financeiro da concessão, seja ela comum ou decorrente de PPP, constitui princípio constitucionalmente assegurado, podendo ser inferido do art. 37, XXI, da CF, quando se refere à exigência de “manutenção das condições efetivas da proposta” nos pagamentos relativos aos serviços contratados em regra mediante licitação,¹⁶ igualmente positivado no art. 9.º, § 4.º, da Lei 8.987/1995.¹⁷

15. Sobre o cenário em que surgiram as chamadas “regras faltantes” na lei de concessões, ver SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Guia jurídico das parcerias público-privadas. Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

16. “Art. 37. (...) 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”.

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

Consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁸ o equilíbrio econômico-financeiro da concessão fundamenta-se em quatro princípios, quais sejam, (i) equidade, (ii) razoabilidade, (iii) continuidade e (iv) indisponibilidade do interesse público. Menciona que um dos aparentes paradoxos da teoria do equilíbrio econômico-financeiro da concessão reside na necessidade de se conciliar o direito do concessionário ao equilíbrio com a ideia de que os riscos associados à execução do serviço devem correr por sua conta. E em resposta a essa aparente contradição, a autora observa que os riscos ordinários da atividade devem ser atribuídos ao concessionário e, por conseguinte, não lhe conferem direito à recomposição de eventuais perdas, pois que, nestes casos, não se pode falar propriamente de desequilíbrio. Por outro lado, quanto às circunstâncias extraordinárias, sendo inimputáveis ao concessionário, devem ser arcadas pelo poder concedente, autorizando a revisão tarifária (com fulcro nas teorias do fato do príncipe, do fato da Administração e da imprevisão).

Marçal Justen Filho¹⁹ leciona, quanto ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão, que o mesmo não constitui propriamente um direito, mas um princípio regulador que garanta a ambos, concessionário e poder concedente, de que a equação original do contrato será mantida ao longo do exercício da concessão. Especialmente, o princípio atua no sentido de conferir aos licitantes a certeza de que podem apresentar as melhores propostas possíveis no momento da licitação – pois não precisam incluir em seus cálculos projeções de custos associados a perdas relacionadas a eventos imprevisíveis (o que seria mesmo impossível) – garantindo-se, dessa forma, a efetividade do objetivo do procedimento licitatório, que é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração.

O reequilíbrio pode ser feito por meio de revisão ordinária e extraordinária.²⁰ A Lei de Concessões confere ao concessionário o direito à revisão da tarifa quando houver alterações nos tributos incidentes sobre a atividade (à exceção daqueles relativos à renda).²¹ Em alguns casos, também legislações setoriais, editais e contratos de concessão preveem o direito à revisão na hipótese de determinados eventos que

18. DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 98.

19. JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 146.

20. Sobre a diferença entre os institutos, Marçal Justen Filho observa que “o reajuste corresponde à modificação do valor da tarifa para enfrentar elevações normais de custos, relacionadas ao fenômeno inflacionário”. Já a revisão “envolve a possibilidade de modificações imprevisíveis na formação dos custos necessários à prestação dos serviços”. Idem, p. 263.

21. Nos termos do art. 9.º, § 3.º, da Lei 8.987/1995: “§ 3.º Ressalvados os impostos sobre a renda a criação, a 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”.

não são passíveis de ingerência pela concessionária, como a majoração do custo de insumos essenciais à execução da atividade concedida. Adicionalmente, os editais e os contratos de concessão aludem à revisão periódica da tarifa, relativamente a fatores que tenham ocasionado perdas ou ganhos imprevisíveis para qualquer das partes e que tenham, nesse sentido, alterado o equilíbrio econômico-financeiro. A revisão periódica se destina a estabelecer novos níveis tarifários para a concessionária, de acordo com as alterações nos custos de serviço.

As revisões tarifárias não raro ensejam profundas discussões judiciais, em razão da elevação das tarifas e consequente alegação de ofensa ao direito do usuário a tarifas módicas e demais princípios de proteção e defesa do consumidor, envolvendo, indisputavelmente, o reequilíbrio econômico e financeiro da concessão.

Nesse contexto, equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a relação de proporcionalidade e equivalência entre as obrigações assumidas pelo contratado, e a remuneração que lhe corresponderá, nos termos do contrato de concessão. A remuneração tarifária visa cobrir as despesas da concessionária e a realização da perspectiva de remuneração justa que impulsionou o agente privado a engajar-se no certame licitatório.

Nesse sentido, a revisão tarifária objetiva garantir a devida comutatividade e equivalência das obrigações assumidas pela concessionária, tal como exigido pela legislação vigente. Como se sabe, segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello,²² na teoria do contrato administrativo, a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro é aceita como verdadeiro "artigo de fé". Bem por isso, a doutrina e jurisprudência brasileira assentaram que, neste tipo de avença, o contratado goza de sólida proteção e garantia no que concerne ao ângulo patrimonial do vínculo, até mesmo como contrapartida das prerrogativas reconhecíveis ao contratante governamental. Este indiscutível direito, como é óbvio, corresponde a uma garantia verdadeira, real, substancial e não a uma garantia fictícia, simulada, nominal.

Por definição, o reequilíbrio econômico do contrato é um ato sucessivo à quebra da equação financeira originalmente pactuada. Nessa ordem de considerações, "sempre que, por ato próprio da Administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive de ordem econômica, a estrutura financeira da concessão for substancialmente abalada, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção das partes".²³

22. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira. RDA 259/251.

23. Idem, *ibidem*.

Esta igualdade que estipulam na assinatura do pacto deve perdurar ao longo de toda duração do vínculo e é uma garantia da concessionária. Aliás, se assim não fosse, especialmente levando-se em consideração os poderes reconhecidos no contrato administrativo à parte governamental, o Poder Público não encontraria contratantes.²⁴

Portanto, o concessionário se obriga a prestar o serviço, mediante a remuneração estipulada, e o concedente se obriga a respeitar, durante o prazo convencionado, a equação financeira do contrato, ou a correspondência entre os encargos do concessionário e a sua remuneração, nos termos do pacto firmado entre ambos. Uma vez alterada essa relação em detrimento do concessionário, nasce para o concedente o dever de restaurar a relação primitiva ou equilíbrio da economia da concessão.²⁵

Assim, quando se rompe, acima e além do acordo original de vontades, a correlação entre as obrigações de fazer ou de dar, de um lado, e a obrigação de pagar, de outro, a noção equitativa do equilíbrio financeiro se exterioriza na exigibilidade da complementação do preço como forma saneadora da mácula advinda.²⁶

Com efeito, a estabilidade financeira da PPP não deve atender, apenas e limitadamente, ao interesse do concessionário, mas, principalmente, atende a conveniência da Administração, interessada na regularidade do serviço público e, finalmente, ao interesse dos usuários, destinatários finais da atividade concedida.²⁷

A revisão tarifária contratual e legalmente prevista impõe-se como adequado mecanismo para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de PPP. Na prática, para se alcançar o reequilíbrio econômico e financeiro nas PPPs, a revisão ordinária com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro do

24. Idem, ibidem.

25. "A equação entre os encargos e a remuneração constitui a causa (no sentido jurídico) da concessão, tanto para o concessionário como para o concedente. Se, portanto, vem a incidir sobre a relação entre os termos da equação financeira um fator que a faça variar em detrimento do concessionário, nasce para o concedente a obrigação de restaurar a relação primitiva ou equilíbrio da economia da concessão". TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Temas de direito público – Estudos e pareceres. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 237.

26. Nesse sentido, CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 249.

27. Segundo Caio Tácito: "A garantia da estabilidade econômico-financeira das empresas não é uma dádiva, ou uma outorga do Estado. É um direito do concessionário, e uma obrigação do poder concedente. Representa a contrapartida necessária ao dever de boa administração, imposto ao concessionário. Visa, em última análise, ao interesse dos usuários, de modo a que não se interrompa, ou periclite, a continuidade do serviço, ou a sua eficiência" (op. cit., p. 258).

contrato deverá observar: (i) o edital de licitação da concessão, incluindo-se os estudos técnicos (modelagem) que o instruiu,²⁸ e (ii) o contrato de PPP originalmente assinado.²⁹

4. A TAXA INTERNA DE RETORNO NAS PPPs SOB A ÓTICA NORMATIVA

A expressão equação econômico-financeira designa o termo de equilíbrio que se definiu quando da contratação de PPP, o qual reflete o acolhimento de uma proposta feita de acordo com as condições estabelecidas no certame licitatório que o tenha precedido. O equilíbrio espelha a relação de igualdade traduzida por uma balança erguida para sustento do que foi inicialmente pactuado, onde, qualquer eventual alteração na conta de despesa, deve ser compensada proporcionalmente na conta de receita, independente do valor envolvido.

Portanto, o conceito de equilíbrio econômico-financeiro se dá quando o capital destinado a um empreendimento é remunerado a uma taxa que compense não somente o custo normal de oportunidade do capital, mas também o risco associado ao empreendimento, ainda que compartilhado como no caso das PPPs.

Esta taxa, a Taxa Interna de Retorno – TIR, é a expectativa de lucro que o empresário terá na PPP caso todas as premissas apresentadas no estudo/modelagem³⁰ sejam cumpridas, ou seja, se os custos e o faturamento decorrentes da concessão forem os previstos. A definição e a manutenção da TIR referem-se, portanto, à própria correlação entre as “condições do contrato” e o seu “equilíbrio econômico-financeiro”.³¹

Completados 10 anos da promulgação da Lei das PPPs, a questão, a saber, é se a TIR deve prevalecer por todo o período contratual ou se ela pode, juridicamente,

28. “A ‘modelagem’ das concessões (...) em regra, é objeto de um contrato de consultoria, previamente licitado, do qual têm participado profissionais das áreas econômica, contábil, jurídica e do ramo técnico envolvido. (...) É o momento em que se concebe todo o processo de concessão, desde os requisitos de pré-qualificação e habilitação, como os critérios de julgamento da licitação e o respectivo cronograma, até as formas de remuneração do concedente e do concessionário, que devem ser compatíveis com os investimentos e técnicas exigidos.” SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 39-40.

29. Lei 8.987/1995 – “Art. 4.º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante *contrato*, que deverá observar os termos desta lei, das normas pertinentes e do *edital de licitação*”.

30. Sobre as melhores práticas na modelagem de licitações de PPPs, ver RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

31. Lei 8.987/1995 – “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

sofrer modificação, para maior ou para menor. Visando enfrentar essa indagação, deve-se examinar se as normas legais acima citadas disciplinam a aplicação e/ou trazem parâmetros para a definição da TIR no contrato de PPP.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal apenas apresenta *standards* e a Lei 8.987/1995, que dispõe sobre as concessões dos serviços públicos, com natureza de normal geral, não disciplina nem define critérios sobre a TIR. Aliás, e como deve ser uma norma de caráter geral, trata de forma aberta a política tarifária.³² No mesmo sentido, a Lei 11.079/2004 não disciplina o tema.

Assim, ao examinarmos a Constituição Federal e normas legais, pode-se concluir que as mesmas não disciplinam, expressamente, os contornos para a definição ou manutenção da TIR nas PPPs. Limitam-se, ditas normas, a positivar a necessária garantia das “condições do contrato” sob a ótica do equilíbrio econômico e financeiro da concessão. Egon Bockmann Moreira esclarece esse ponto de forma objetiva:

“Além disso, é de se notar que a Lei Geral de Concessões não exige qualificativos para que se possa definir uma situação como de efetivo desequilíbrio econômico-financeiro. (...) Basta preservar o equilíbrio do contrato em termos objetivos. O que a Lei 8.987/1995 pretende é a prestação do serviço adequado aos usuários (o fim essencial do projeto concessionário). Porém, como é calculado o equilíbrio econômico-financeiro em projetos concessionários? Como se estimar a taxa de rentabilidade que compense a assunção da tarefa pública e de que modo é possível inseri-la no negócio jurídico? Não se trata de tarefa fácil. Ao contrário: aqui se exige a compreensão de pluralidade de fatores, que permitem avaliar como aquele serviço pode ser prestado de forma adequada e em que medida o investimento privado é a melhor escolha possível (para a Administração e para o empreendedor privado).”³³

Se as normas legais não disciplinam a questão e, regra geral, os contratos de PPP firmados entre o poder concedente e a concessionária trazem conceitos abertos (*conceitos jurídicos indeterminados*)³⁴ e, portanto, incompletude acerca da TIR,

32. No caso de concessões de transportes, a lei federal que institui as diretrizes da política nacional de mobilidade urbana (Lei 12.587/2012) também não prevê qualquer parâmetro definidor da TIR. Limita-se a tratar dos reajustes e revisões tarifárias, reafirmando o necessário equilíbrio econômico e financeiro da concessão, remetendo essa regra para o respectivo edital de licitação.

33. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros. p. 388, 390-391.

34. Sobre as dificuldades de gestão dos contratos administrativos de longo prazo e que, por isso, merecem uma releitura sob a ótica da função de regulação, já tivemos oportunidade de sustentar: “Com efeito, na delegação de serviços públicos – v.g., com prazo total de 50 ou 60 anos –, os editais e os contratos de concessão que conformam, juntamente com as

admitindo interpretação para a sua concretização, é relevante examinar como – e se – a doutrina e os órgãos de controle – de contas e jurisdicional – abordam o tema.

5. A TAXA INTERNA DE RETORNO NAS PPPs SOB A ÓTICA DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Do ponto de vista jurídico-doutrinário, e especificamente quanto aos contratos de concessão de serviços públicos, incluindo-se as PPPs, há quase unanimidade em se afirmar tratar-se de um pacto incompleto e sujeito a muitas alterações ao longo de sua extensa execução;³⁵ contudo, muito pouco foi teorizado acerca dos parâmetros da TIR e sua possível alteração unilateral pelo poder concedente quando das revisões contratuais.³⁶

De forma geral, os Tribunais garantem a manutenção das regras previstas tanto no edital de licitação quanto no contrato de concessão, podendo-se concluir, inicialmente, que estaria aí incluída a garantia de manutenção da TIR prevista na modelagem/edital ou no contrato de PPP. Vejam-se dois exemplos:

“A vinculação do edital ao contrato tem como consectário que as tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa ven-

normas, o marco regulatório, não preveem, logicamente, todas as variantes técnicas do serviço concedido e do ambiente para sua prestação e seus impactos, serviços a serem explorados para aferição de receitas alternativas etc. Por esse fato, em determinadas situações em que o direito – seja do próprio prestador do serviço, do Estado ou mesmo dos usuários – venha a ser afetado por questões imprevisíveis, decorrentes das carências sociais, novas tecnologias ou provenientes de impactos, naturais ou não, ocorridos no ambiente mercadológico globalizado e de risco, pode ser necessário, no caso concreto, que o regulador proceda a revisões de atos jurídicos perfeitos para além dos limites postos na lei geral de licitação e contratos administrativos”. GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 299.

35. Como dito acima, o que se sustenta com veemência é o equilíbrio econômico-financeiro, mesmo estando diante de um contrato qualificado por sua “incompletude reforçada” e sujeito a oscilações: “Fala-se em ‘equilíbrio’ porque se sabe que existirão oscilações: tanto sob um aspecto como noutro. Aliás, não será demais afirmar que no contrato de concessão o aspecto financeiro assume importância superlativa (basta examinar os conceitos de (...) Taxa Interna de Retorno – TIR (...))”. MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., p. 388-389.

36. É justo mencionar, contudo, que a doutrina muito se debruçou, apenas, acerca do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, a ser garantido de acordo com o previsto no edital e o contrato de concessão com base no art. 10 da Lei 8.987/1995: “Quanto a esse ponto não há dúvidas ou incertezas. A execução do contrato nos termos em que foi pactuado é dependente do equilíbrio econômico-financeiro. Qualquer alteração – seja exógena ou endógena, unilateral ou circunstancial – deve respeito à equação econômico-financeira definida pelas condições contratuais”. Idem, p. 388-390.

cedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento tanto que o art. 9.º da Lei 8.987/1995, determina que a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação.”³⁷

“A equação econômica-financeira é um direito constitucionalmente garantido ao contratante particular (CF, art. 37, XXI). Se as características do contrato não fossem asseguradas, permitindo poderes ilimitados para alterar cláusula contratual, o particular não teria interesse em negociar com a Administração.”³⁸

Sobre a TIR, propriamente dita, a doutrina a vincula ao reequilíbrio econômico-financeiro do edital/contrato como sendo um “indicador que estabilize as projeções do projeto de investimento”. Por isso, regra geral, a TIR deve ser mantida em processos de revisão nos termos previstos no edital/contrato de concessão, conforme já julgou o Tribunal de Contas da União:

“O fluxo de caixa é o instrumento original que permite, a qualquer instante, verificar se a Taxa Interna de Retorno original esta sendo mantida. Cabe ressaltar que a TIR é extraída diretamente da proposta vencedora da licitante e expressa a rentabilidade que o investidor espera do empreendimento. Em termos matemáticos, a TIR é a taxa de juros que iguala o fluxo de entradas de caixa com as saídas, num dado momento. Assim, pode-se dizer que a manutenção da TIR é garantia tanto do Poder Público quanto da concessionária, e sua modificação dá ensejo à revisão contratual, na forma prevista na lei e no contrato.”³⁹

Se, de um lado, seria possível afirmar, num primeiro momento, que a TIR contratual deve ser utilizada em revisões tarifárias ordinárias dos contratos de PPPs, de outro lado, essa afirmação pode não sobreviver futuramente em vista das decisões identificadas em concessões comuns, levados tanto ao Tribunal de Contas da União quanto ao Poder Judiciário.

Com efeito, a jurisprudência, em alguns poucos julgados, abre a possibilidade do poder concedente revisar os estudos econômicos e financeiros vis-à-vis o lucro a ser auferido pelo concessionário; isto é, concretamente, o poder concedente poderia rever o contrato se a TIR passasse a ser, numa determinada fase contratual, a ser desproporcional àquela praticada pelo mercado para operações similares:

“A alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente, (...) só é possível diante a inequívoca demonstração de que a cláusula anteriormente firmada,

37. REsp 961.376/RS, 1.ª T., j. 02.09.2008, rel. Min. Luiz Fux.

38. AgRg na Suspensão de Liminar 76, Corte Especial, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 20.09.2004.

39. TCU, Rp TC-014.811/2000-0, Min. Walton Alencar, DOU 11.11.2002.

com o passar do tempo, teria passado a afrontar o equilíbrio entre o lucro devido ao contratante e ao atendimento do interesse público (...).⁴⁰

A possibilidade de adoção de uma nova TIR não deve ser descartada pelas concessionárias quando da elaboração das análises jurídica e econômico-financeira visando a revisão ordinária. Um caso foi submetido à 4.^a Turma do TRF da 4.^a Região em longo litígio entre uma concessionária de rodovias, o Estado do Paraná, a União Federal e a Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT. Aquele tribunal concluiu que o poder concedente poderia reduzir a Taxa Interna de Retorno – TIR por meio de ato administrativo, ainda que esse, futuramente, venha a ser submetido ao crivo da razoabilidade perante o Poder Judiciário. *In verbis*:

“Administrativo. Ação ordinária. Cláusulas aditivas de contrato de concessão rodoviária. Taxa Interna de Retorno do acionista. Taxa Interna de Retorno do projeto. Portaria administrativa. Perda de objeto superveniente. Ausência do interesse de agir dos autores, conducente à carência de ação, vez que atingiram, por seus próprios esforços, a finalidade jurídica almejada neste processo, afastando a Taxa Interna de Retorno do acionista por ato administrativo. Precedente da Turma”.⁴¹

Em poucas palavras, cuidou-se de ação ordinária em que os apelantes buscavam a declaração de nulidade das cláusulas contratuais aditivas (termos aditivos) que permitiram a utilização de determinada Taxa Interna de Retorno – TIR. Sustentou-se que a aplicação da TIR do acionista implicaria em repasse dos custos do financiamento da concessão (risco que estaria a cargo do investidor privado) para a tarifa, à revelia das previsões contidas no edital de licitação.

Ao final, e em sede de reconvenção, o Poder Judiciário manteve a TIR repactuada pelas partes sob o argumento de que o contrato original não havia definido este valor e que, posteriormente, tanto a perícia quanto o estudo elaborado pela FGV Consult (hoje FGV Projetos) apontaram para uma TIR de 16,43% compatível, à época, a realidade econômico-financeira do país:

“De tudo o quanto consta dos autos, exsurge a modo evidente que as partes não divergem acerca da complexidade do contrato entabulado e que estão a empreender esforços recíprocos ao cumprimento da avença. E, à vista da situação fática *sub examine*, forçoso é o reconhecimento de que, ao equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, é de mister a adoção de uma Taxa Interna de Retorno à base de 16,43%. Essa é a conclusão do laudo pericial e tem supedâneo não na decisão provisória definida pela comissão paritária, mas na análise de todos os elementos cognitivos que aportaram ao caderno processual –inclusive estudo da

40. STJ, AgRg na Suspensão de Liminar 76, Corte Especial, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 20.09.2004.

41. ApCiv 2004.70.00.039499-0/PR.

FGV Consult –, bem como à vista de fatos notórios, prescindíveis de comprovação (CPC, art. 334, I) – como, por exemplo, a modificação da realidade econômico-financeira do país.”

Conclusivamente, o Tribunal deliberou que o percentual da TIR, fixando a rentabilidade do negócio, poderia sofrer alteração, caso novos fatos assim o justificassem:

“Por derradeiro, impende gizar que o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato resta alcançado com a utilização da TIR de projeto na ordem de 16,43% à vista da equação fática submetida a exame neste autuado. Não se pode olvidar, entretanto, que a presente avença contempla obrigações recíprocas de trato sucessivo cujo cumprimento protraído no tempo pode dar azo a alteração da equação fática atual, ensejando nova atuação das partes à consecução do seu equilíbrio – sendo exemplificativa a edição da Portaria 678/2004 pelo Presidente do DER/PR – e, quiçá, novo pronunciamento do Poder do Judiciário a tempo e modo oportunos (CPC, art. 471, I).”

Veja-se que o Tribunal não deu garantias ao concessionário no sentido de perpetuação da TIR durante o prazo contratual.

Também no âmbito do Tribunal de Contas da União chegou-se a resultado similar ao do Poder Judiciário. Trata-se de Representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID, daquele Tribunal, acerca de possíveis desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos concernentes à 1.^a etapa do programa de concessão rodoviária federal. Pretendia-se verificar se haveria cobrança de tarifas de pedágios sobrevalorizadas.

O modelo de concessão da 1.^a etapa do programa de concessão rodoviária federal era tido como “estático”, pois as rubricas que compuseram o fluxo de caixa não se alteravam ao longo da execução contratual, nela incluída a TIR que variava de 17% a 24% ao ano, ao passo que, mais recentemente a TIR para contratos de concessão da mesma natureza seria de, no máximo, 8,95%. O TCU decidiu que a TIR das concessões rodoviárias deveria ser examinada pela agência reguladora, inclusive, com a possibilidade de fixação de nova rentabilidade para a concessionária.⁴²

“Acordam os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo relator, em:

(...)

9.2 determinar, com fulcro no art. 43, I, da Lei 8.443/1992, à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que:

9.2.1 realize, no prazo de 30 dias, estudos com o objetivo de verificar se as atuais concessões de rodovias federais exploradas pelas concessionárias NovaDutra,

42. TC 026.335/2007-4.

Concer, CRT, Ponte Rio-Niterói e Concepa estão em equilíbrio econômico-financeiro, em razão da rentabilidade contratual – Taxa Interna de Retorno do investimento (TIR);

9.2.2 caso se verifique **desequilíbrio**, adote as providências necessárias a fim de promover o equacionamento dos mencionados contratos de concessão, fixando nova rentabilidade.”

Vale trazer os argumentos adotados no referido acórdão do Tribunal de Contas da União como razão de decidir, quanto à possibilidade de alteração da TIR de acordo com as condições de mercado no momento da revisão ordinária: “Repito, novamente: o reequilíbrio contratual ocorre não somente em favor das empresas, como usual, mas também em favor da Administração e do usuário do serviço público, a partir de dados objetivos que foram evidenciados nas diversas instruções neste feito. Essas alterações não se limitam às variações extraordinárias nos preços dos insumos da contratada, tendo em conta que o custo do capital, também, em operações exatamente similares às ocorridas, é capaz de provocar **desequilíbrio** na harmonia contratual, pois igualmente integra o fluxo de caixa original e afeta a proporção entre receitas e encargos do projeto, bem como as tarifas. Em todas as situações em que o cenário econômico é desfavorável, as empresas concessionárias imediatamente envidam esforços necessários à promoção do reequilíbrio contratual, quer no âmbito administrativo, quer na esfera judicial, obtendo a recomposição das tarifas. Da mesma forma que o setor privado defende judicial e administrativamente os seus interesses, incumbe à ANTT manter-se diligente na defesa da modicidade tarifária e dos usuários do setor sob sua supervisão, para não deixá-los prejudicados, com tarifas superiores às devidas, para a correta retribuição pelo serviço. Nessas concessões rodoviárias, está ameaçado o princípio fundamental das concessões, a modicidade tarifária, premissa da adequação do serviço público concedido, expressamente prevista no art. 6.º, § 1.º, da Lei 8.987/1995. Este princípio significa que a tarifa cobrada do usuário deve ser apenas suficiente para remunerar adequadamente a prestação do serviço outorgado, garantindo sua continuidade e qualidade, com os lucros normais do empreendimento, sem, porém, prover o acréscimo de lucros exorbitantes à concessionária, mediante novas obras, realizadas muito posteriormente aos contratos, remuneradas com taxas incondizentes com o mercado. No Brasil, a excepcional melhora nos indicadores econômicos – representativa de **álea extraordinária** – deve ser revertida em prol da modicidade tarifária, sob pena de tornar a prestação do serviço inadequada ao pleno atendimento dos usuários, com violação do art. 6.º, *caput*, da Lei 8.987/1995. Assiste razão à Procuradoria-Geral da ANTT que, em seu preterido Parecer CAH 0288-3.4.1.12/2008, evoca a Decisão 464/2000, TCU, Plenário, para opinar pela necessidade de renegociação, ante a nova realidade econômica (f. 47/48). Registra o órgão de consultoria jurídica que a teoria da imprevisão ‘pode ser empregada tanto em favor do contratado quanto em favor do contratante’. Outro entendimento, no sentido de que apenas

a concessionária poderia beneficiar-se do reequilíbrio contratual, culminaria em absurda inversão do princípio da supremacia do interesse público, com irregular favorecimento do capital econômico, em detrimento da população usuária do serviço público. A ANTT assevera que a preservação do valor da Tarifa Básica de Pedágio, mediante a qual se remuneram os encargos da concessionária, assegura 'a manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato, obtido a partir do fluxo de caixa elaborado a preços de uma determinada data-base' (f.). Deixa de mencionar, entretanto, que o fluxo de caixa contempla não apenas os preços vigentes à época de sua elaboração, como também é modelado segundo taxa de desconto correspondente ao custo de capital acima analisado. No mais, identifica o equilíbrio econômico-financeiro com o fiel cumprimento das cláusulas contratuais, descurando do caráter fático inerente àquela relação de harmonia, cuja preservação é legalmente determinada. Não procede a afirmativa de que 'sempre que tenha havido lugar à revisão da tarifa, considerar-se-á restabelecido o inicial equilíbrio econômico e financeiro dos contratos firmados com as concessionárias' (f.), tendo em vista a característica indevidamente 'estática' da modelagem financeira do projeto, como bem arguido pelo Sr. Secretário de Fiscalização de Desestatização (f.). Na verdade, as revisões reproduzem e perpetuam o desequilíbrio resultante da evolução do cenário macroeconômico. Impõe-se, assim, a conclusão de que os contratos indicados na representação efetivamente apresentam desequilíbrio econômico-financeiro, sendo que as rentabilidades auferidas pelas concessionárias – compreendidas entre 16% e 24% (f.) – provêm de parâmetros hoje considerados patentemente irrealistas. Quando se considera que as obras novas, recentemente executadas, não originalmente previstas no contrato, entronizadas no sistema mediante termos aditivos, estão sendo remuneradas, pelos usuários das rodovias, nesse alto patamar de 16 a 24%, comparativamente às novas concessões, cuja remuneração se deu na faixa de 7%, ficam absolutamente evidentes todas as distorções do sistema."

Pode-se depreender que nos casos acima coligidos, os órgãos de controle entenderam que a Taxa Interna de Retorno – TIR, nas concessões, não é fixa; poderá, segundo as teses adotadas, ser alterada nas revisões contratuais caso o estudo econômico e financeiro da concessão apresente lucro exorbitante a favor do parceiro privado. Considerando a previsão legal, nos casos de PPPs, quanto ao possível compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado, as decisões acima poderão ficar prejudicadas a depender tanto da modelagem quanto do edital de licitação.

6. CONCLUSÕES

O texto constitucional, preocupado em garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, estatui no art. 37, XXI, que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados com obediência a cláusulas de pagamento

“mantidas as condições efetivas da proposta”. Estabeleceu, assim, como regra geral, a garantia de inafastável correlação entre a remuneração do contratado e as condições efetivas da proposta.

O equilíbrio financeiro é requisito essencial de legalidade dos contratos administrativos, cabendo ao Estado o dever de preservá-lo, em benefício de toda a comunidade. O princípio do equilíbrio financeiro é, em suma, um dos esteios fundamentais de ordem legal, no tocante aos serviços que cabem ao Poder Público, inclusive nos contratados por meio das PPPs.

A Lei das Concessões, aplicada aos contratos de PPPs, protege a equação econômico-financeira dos contratos, determinando que as tarifas serão preservadas pelas regras de revisão previstas na lei, no edital e no contrato de concessão. Constitui cláusula essencial do contrato de concessão a relativa ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para reajuste e revisão das tarifas, como se infere do teor do art. 23, *caput* e IV, da mencionada Lei 8.987/1995.

Regra geral, por meio da revisão tarifária se apura a equação econômico-financeira do contrato e, por consequência, se reavalia ou se reconsidera o valor da tarifa inicialmente pactuada e tida como adequada para cobrir, ainda que parcialmente nas PPPs, os custos e encargos inerentes ao serviço.

Assim sendo, verifica-se que a revisão tarifária não apenas constitui um direito do parceiro privado, como, de resto, a sua apreciação consiste em um dever do poder concedente. Isso porque, a revisão tarifária visa restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de PPP, bem como garantir a devida comutatividade dos pactos, tal como exigido pela legislação vigente.

Dessa forma, é jurídico afirmar que a concessão de serviço público sob a modalidade de PPP se encontra sob a égide de um dogma fundamental que é o da segurança do equilíbrio financeiro nas relações entre concedente e concessionário. Somente havendo a certeza de que a tarifa, ainda que complementada por contraprestação pecuniária, será preservada pelas regras de revisão previstas nas normas legais, no edital e no contrato, a fim de que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, o valor jurídico da segurança nas relações intersubjetivas será observado.

A revisão tarifária é o mecanismo adequado para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de parte do contrato de PPP patrocinada, sendo certo que incube ao poder concedente proceder à revisão das tarifas na forma da lei, das normas pertinentes, do edital (e sua modelagem) e do contrato de parceria.

A noção de equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão é tradicionalmente associada à manutenção de sua Taxa Interna de Retorno – TIR, nos termos previstos no edital e no contrato de concessão. Os órgãos de controle (de contas e jurisdicional), malgrado ausência expressa de dispositivo legal que assim autorize, já entendeu, em poucos casos a eles submetidos sobre concessão comum,

que essa TIR poderá, em alguns casos, ser alterada caso apresente lucro exorbitante ou prejuízo manifesto. A possibilidade de previsão, editalícia e contratual, de compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado na concessão, poderão impactar o entendimento aqui apresentado em sede de PPP patrocinada.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPPs no direito brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (coord.). *Parcerias público-privadas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. vol. XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 259. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-abr. 2012.
- BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. PPP: O fundo garantido, a execução das garantias e a compatibilidade com o sistema constitucional dos precatórios. In: GARCIA, Flávio Amaral (coord.). *Parcerias público-privadas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. vol. XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP. In: _____; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- PASIS, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infraestrutura pública. *Revista do BNDES*. vol. 10. n. 20. Rio de Janeiro, dez. 2003.
- RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Guia jurídico das parcerias público-privadas. Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Temas de direito público – Estudos e pareceres*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.