



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Manutenção da equação econômico-financeira nos contratos de Concessão

Maria Cristina Ribeiro Galvão

Rio de Janeiro
2016

MARIA CRISTINA RIBEIRO GALVÃO

Manutenção da equação econômico-financeira nos contratos de Concessão

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professora Orientadora:

Maria Carolina Cancellata de Amorim.

Rio de Janeiro

2016

MANUTENÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Maria Cristina Ribeiro Galvão

Resumo: A manutenção da equação econômico-financeira nas concessões é uma lógica inerente ao próprio contrato, que uma vez desrespeitada gera danos não somente à concessionária ou ao poder concedente, mas ao próprio usuário do serviço. Medidas populistas, por exemplo, vindas de políticos que objetivam exclusivamente angariar votos, quando não são precedidas de um estudo técnico e econômico de sua viabilidade, podem vir a trazer mais problemas do que soluções tanto aos usuários pagadores quanto não-pagadores - e à coletividade, já que os riscos do contrato, quando envolvem o Estado como uma das partes, são direta ou indiretamente repassados à população. Esse trabalho, portanto, objetiva analisar os diversos fatores que podem vir a abalar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e como mantê-lo, ou recuperá-lo uma vez já afetado.

Palavras-chave: Concessão de serviços públicos. Reajuste tarifário. Equilíbrio econômico-financeiro. Modicidade tarifária. Gratuidade. Interrupção do serviço.

Sumário: Introdução. 1. Breve panorama do surgimento das concessões. 2. Mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. 2.1 A prorrogação do prazo de concessão como mecanismo de manutenção da equação econômico-financeira. 3. A problemática das gratuidades e outros causadores de abalo no equilíbrio econômico-financeiro. 3.1 O papel da matriz de risco nos contratos de concessão comum e Parcerias Público-Privadas. 3.2 Interrupção do serviço público em razão da inadimplência do usuário. 3.3 Modicidade Tarifária VS Equilíbrio econômico-financeiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A partir do processo de desestatização da década de 90, as concessões de serviços públicos se tornaram um dos temas mais amplamente debatidos e estudados no Direito Administrativo. Esse processo não ocorreu só no Brasil: seguia uma tendência mundial de redução da intervenção estatal, motivada pela percepção da ineficácia do Estado Social em

reduzir desigualdades, atender as demandas da população e combater a crise econômica, acompanhada de uma hiperinflação.

O excesso de intervencionismo havia gerado um Estado inchado, custoso e ineficiente. Respeitou-se então, o chamado movimento pendular, ou cíclico, de intervenção estatal. Ressalte-se, no entanto, que a partir do processo de desestatização vivido, o Estado em momento algum deixou totalmente de intervir, e sim passou a intervir de maneira indireta, saindo de cena como *player* do mercado e assumindo o papel de Estado regulador.

Cabe destacar que diversas são as modalidades de desestatização possíveis, como a alienação de controle acionário, a abertura de capital, a permissão ou autorização de serviços públicos, não sendo a concessão, portanto, a única forma existente,

Na modalidade concessão, o que ocorre é a execução das atividades pelas concessionárias, continuando o Estado a ser o titular das mesmas. Não há transferência de titularidade, e sim da execução do serviço.

As concessionárias devem prestar tais serviços públicos sempre de acordo com os princípios da modicidade tarifária, generalidade, atualidade, cortesia, eficiência e continuidade, previstos na lei 8.987/95.

Ocorre que, para atender à todas essas condições, aliadas à modicidade tarifária e gratuidades oferecidas aos usuários de serviço público, além de diversos outros fatores (na maior parte das vezes imprevisíveis), concessionárias estão sujeitas a abalos na equação econômico-financeira de seus contratos.

A intangibilidade desse equilíbrio econômico-financeiro é considerada até mesmo um princípio por parte da doutrina, e sua proteção deve ser garantida, não só pelo respaldo legal, mas pela lógica inerente ao próprio contrato e as consequências que podem advir de um abalo nessa equação. E seria possível conciliar a equação econômico-financeira com todos os requisitos previstos em lei para a prestação dos serviços públicos, além das gratuidades concedidas?

O presente trabalho pretende responder essa questão, abordando a necessidade de mitigação de riscos e prejuízos para as concessionárias, para que estas possam prestar um serviço de qualidade a preços módicos, sendo capazes de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Inicialmente abordará os mecanismos disponíveis para a manutenção, passando à questão da modicidade tarifária, a interrupção do serviço em razão da inadimplência e a possibilidade de prorrogação dos prazos nos contratos de concessão.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. Breve panorama do surgimento das Concessões

Para melhor compreender o tema da manutenção da equação econômico-financeira das concessões, cabe apresentar brevemente o instituto das concessões propriamente ditas: seu conceito, seu surgimento e sua efetiva adoção no país, da forma como hoje se dão.

Autores como Floriano de Azevedo Marques Neto¹ e Flavio Amaral Garcia defendem que a origem do termo concessão, com o significado de instrumento do Poder Público para execução de suas tarefas, se deu antes mesmo do próprio Direito Administrativo.

Já no Direito Romano encontram-se alguns exemplos de concessão como gênero, como a concessão de terras públicas, com a finalidade de conferir privilégios aos nobres, ou visando fins arrecadatórios. Concessões também estariam presentes no período absolutista e medieval.

Suas aplicações e significados sofreram, no entanto, modificações expressivas ao longo dos anos.

No Brasil, o início do processo de desestatização se deu na década de 90, no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso. Embora intensos debates tenham se dado à época – na maioria das vezes motivados por motivos ideológicos, e não de ordem pragmática – e até hoje perdurem discussões acaloradas que contestam sua adoção, esse processo se mostrava necessário em face do cenário enfrentado: o Estado era agigantado, consequentemente custoso, ineficiente; a crise financeira se aprofundava, a inflação atingia níveis estratosféricos e imprevisíveis (hiperinflação), chegando a alcançar, em 1985, mais de 235% ao ano, enquanto o Estado social se mostrava ineficaz em atender as demandas da população.

¹ NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Concessões*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2015.

Surge nesse contexto a Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 e a Lei nº. 9.074 de 7 de julho de 1995, ambas tratando do instituto das concessões e das permissões de serviços públicos.

Mais tarde, em 2004, no governo do então presidente Lula, surgiria ainda a lei de Parcerias público-privadas (Lei 11.079/04), que traria novas modalidades do contrato administrativo de concessão, como a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Tanto as concessões quanto as permissões são instrumentos destinados à descentralização da prestação dos serviços públicos. O Estado nesse momento deixa de ser um *player* do mercado, mas nunca deixou totalmente de intervir, passando, em vez disso, a atuar em seu papel de Estado regulador, nos termos de Marcos Juruena Villela Souto². Visando atingir essa finalidade, as agências reguladoras brasileiras ganharam papel de destaque, para fiscalizar a execução desses serviços que devem ser prestados em conformidade com os princípios da generalidade, cortesia, atualidade, modicidade tarifária, continuidade, eficiência e regularidade, conforme disposto no art. 6^a, §1^o da Lei 8.987 de 1995. A titularidade do serviço ainda continua com o Estado, mas sua execução é passada ao particular, que deve atender a todos esses requisitos quando da prestação dos serviços de titularidade estatal.

Atualmente, a aparição de questões inovadoras como a superação da ideia de exclusividade nos serviços públicos (propugnando-se a ideia de que esta deveria se dar apenas quando devidamente motivada); os diversos títulos habilitantes possíveis, que relativizam a outorga estatal e desburocratizam esse processo; a descaracterização de um regime jurídico único e a liberdade tarifária, que baseia-se no modelo de *price cap*, dentre outros pontos, intensificam ainda mais os debates quanto aos serviços públicos prestados por particulares, e trazem à tona a quebra de paradigmas de um Direito Administrativo mais tradicional.

2. Mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

São diversas as condições que devem ser atendidas pelas concessionárias na prestação de serviços públicos. Os requisitos encontram-se enumerados no art. 6^o, §1^o da Lei 8.987/95 e

² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Função Regulatória*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, nº. 13, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 10/04/2016

são eles a modicidade tarifária, a regularidade, a continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia.

Uma vez que concessionárias devem observar a todos esses princípios, e a equação econômico-financeira do contrato também deve ser preservada, o legislador tratou de listar mecanismos igualmente diversos destinados à proteção desse equilíbrio. Há mecanismos que mantêm, e outros que restabelecem o equilíbrio já prejudicado.

A Lei 8.666/93 nos traz, por exemplo, os institutos do reajuste (art. 55, inciso III), atualização monetária (art. 40, XIV, alínea c), revisão e inexecução do contrato. Há ainda outros instrumentos que não encontram previsão legal expressa, mas já são pacificamente entendidos como mecanismos disponíveis à manutenção da equação econômico-financeira pelo TCU e a doutrina.

O reajuste, previsto no art. 55, III da Lei 8.666/93, é o mecanismo que sustenta o equilíbrio prejudicado por variações decorrentes de inflação, atacando a variação de custos de produção inerentes ao contrato. Seu objetivo é, portanto, preservar o valor do contrato por força de variações inflacionárias.

Embora a doutrina tradicional defenda que apenas fatos imprevisíveis levariam à recomposição da equação econômico-financeira – salvo disposição legal ou contratual expressa em contrário – o reajuste é um mecanismo destinado a corrigir as consequências de um fato previsível: a desvalorização da moeda nos casos de inflação.

Leciona Maurício Portugal Ribeiro³ que o risco causado pela inflação, a depender de seu nível, pode ser tanto uma mera redução dos retornos obtidos pela concessionária, até a completa inviabilização da prestação do serviço. As consequências, além de obviamente prejudiciais ao parceiro privado, também são extremamente nocivas aos usuários do serviço, que tem seu dinheiro igualmente desvalorizado pela inflação.

A periodicidade mínima do reajuste é de um ano. No entanto, é importante destacar que esse prazo tem como data inicial a formulação da proposta ou a data de orçamento a que essa proposta se refere, e não a data de assinatura do contrato.

Sendo assim, um contrato de 12 meses poderia vir a ser reajustado, pois a data de contagem de reajuste não é a de celebração do contrato, e sim a data de formulação da

³ RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 94

proposta, ou do orçamento a que ela se refere. De toda forma, o ideal é que tanto o edital quanto o contrato estabeleçam esses prazos de forma clara.

É de responsabilidade do contratado provocar a Administração Pública quando da data prevista para o reajuste. Embora exista um entendimento de que a Administração Pública poderia adotar uma postura cooperativa, e reajustar contratos de ofício, para Flavio Amaral Garcia⁴ cabe apenas ao contratado formular requerimento pleiteando a aplicação da cláusula contratual do reajuste. De fato, o reajuste de ofício pela Administração Pública poderia violar o princípio da impessoalidade e da moralidade.

Leciona ainda o autor que, se o contratado requerer com algum atraso o reajuste, não seria razoável da parte da Administração negar o direito de computá-lo desde a data prevista no edital e no contrato, já que isso seria um direito subjetivo próprio.

Passando à atualização monetária, prevista no art. XIV, alínea c da Lei 8.666/93: esta é mecanismo destinado a manter o equilíbrio conservando o valor nominal do contrato também por força de variações inflacionárias. Porém difere-se do reajuste, já que nela há incidência de índices gerais de recomposição de perdas inflacionárias, enquanto no reajuste os índices são setoriais. Durante algum tempo os mecanismos do reajuste e atualização eram ainda mais diferenciados, pois vários fenômenos inflacionários diferentes ocorriam em períodos distintos da execução dos contratos, devido à situação econômica do país.

Já a repactuação é instrumento mais utilizado em âmbito federal, com foco semelhante ao do reajuste. Ao procurarmos o termo "repactuação" não encontramos expressa previsão legal, mas o tema já foi amplamente debatido em decisões do TCU. Diferentemente do reajuste, na repactuação o contratado deve demonstrar analiticamente a variação dos custos vinculados ao contrato à Administração, e esta anuirá ou não com o demonstrativo apresentado pela concessionária. Não há incidência de um índice linear sobre o valor do contrato.

A revisão difere-se dos três mecanismos tratados acima pois destina-se a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro diante de situações de anormalidade que já afetaram o andamento do contrato. Enquanto o reajuste, a atualização monetária e a repactuação objetivam manter esse equilíbrio, a revisão objetiva a recomposição de um equilíbrio já perdido.

⁴ GARCIA, Flavio Amaral. *Aspectos polêmicos da cláusula de reajuste nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, nº 61. Rio de Janeiro, 2006.

Seu foco são os fatos imprevisíveis, ou fatos previsíveis de consequências incalculáveis que afetam a estrutura econômica inicial do contrato. Porém deve avaliar-se o pleito do contratado, de forma a verificar se realmente ocorreu a álea extraordinária alegada.

Cabe ressaltar que na revisão o foco nem sempre será apenas o preço do contrato, pois existem instrumentos alternativos à revisão de preços, não sendo esse o único disponível como solução do problema. Exemplos são a indenização do contratado pelas perdas sofridas, a redução de algumas obrigações (e conseqüente redução de custos) do contratado, e a prorrogação do contrato. No entanto, a possibilidade de prorrogação de contrato nas concessões é carregada de divergência na doutrina, merecendo esse tema um subcapítulo à parte.

2.1 A prorrogação do prazo de concessão como mecanismo de manutenção da equação econômico-financeira

A lei foi silente quanto à possibilidade de prorrogação do prazo nos contratos de concessão, o que acaba por gerar divergência doutrinária.

Há autores que defendem a improrrogabilidade do prazo da concessão de serviços públicos. Para os que sustentam essa linha de entendimento, caso o contrato chegue ao fim e bens ainda não tiverem sido amortizados, a única forma de se solucionar isso seria indenizando o concessionário.

A corrente contrária, no entanto, acredita que tal modo de proceder não privilegia em nada o princípio da economicidade. Os que defendem a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão acreditam que esse seria até mesmo um meio eficiente de restabelecimento da equação econômico-financeira. Deve-se lembrar que não só o preço e valor estão disponíveis como mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Luís Roberto Barroso⁵ já definiu a alteração do prazo de duração do contrato como um dos meios legítimos de recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão, juntamente com a indenização, o aumento da tarifa e o aumento da base pagante.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Parecer. CONCESSÃO RODOVIÁRIA. RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADES E LIMITES. Rio de Janeiro, 2 de abril de 2008.

Apesar da controvérsia, uma leitura atenta da Lei nº 8.987/95, em seu art. 23, XII, nos permite concluir sem maiores problemas pela possibilidade de prorrogação do prazo no contrato.

No entanto, prorrogações não podem ser automáticas. É necessário que estejam devidamente previstas no contrato e sejam motivadas. O poder concedente deve demonstrar que a manutenção do contrato de concessão é a solução que potencializa o interesse público que justificou a delegação do serviço.

Sobre o tema, leciona ARAGÃO⁶ que prorrogações poderiam ocorrer mesmo quando não expressamente previstas no edital, mas prorrogações automáticas realmente seriam inconstitucionais. Trata-se, afinal, de verdadeira matéria de gestão de serviço público. Há precedentes do STJ que corroboram para o entendimento.⁷

O MPF já ajuizou Ação Civil Pública questionando a prorrogação automática dos contratos de concessão de energia elétrica pela União. A 20ª Vara Federal em Brasília decidiu pela proibição dessa renovação automática, definindo que prorrogar automaticamente contratos de concessão acarretaria o monopólio do serviço na mão de poucos concessionários, ferindo a legislação, e ainda podendo causar prejuízos ao erário.

A decisão tomada na Ação Civil Pública movida pelo MPF, no entanto, não prejudicará a continuidade do serviço. As atuais concessionárias podem ter seus contratos prorrogados em caráter excepcional, enquanto um novo procedimento licitatório para a contratação de uma nova concessionária ou prorrogação no contrato atual não se encerrar.

3. A problemática das gratuidades e outros causadores de abalo no equilíbrio econômico-financeiro

Uma das funções nodais do sistema de equilíbrio econômico-financeiro, ao exigir que alterações no contrato sejam devidamente compensadas, é desestimular que governantes façam alterações oportunistas nos contratos de concessão. Se, por exemplo, um governante

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 577

⁷ STJ - REsp: 524811 CE 2003/0042093-7, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 14/12/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 11/04/2005 p. 235

decidir conceder gratuidade tarifária para determinado grupo, claramente objetivando angariar votos, essa alteração deverá ser contrabalançada para que a equação econômico-financeira do contrato seja preservada.

Medidas populistas tomadas por políticos são alguns dos muitos problemas que concessionárias enfrentam. Embora esse tipo de atitude possa atrair votos do grupo beneficiado, a verdade é que quando as mesmas não passam por um estudo técnico e econômico de sua viabilidade, as consequências não são nada benéficas à coletividade: ao conceder gratuidade a um grupo, a tendência é que a tarifa acabe aumentando para todos os outros usuários, para que o equilíbrio se mantenha.

Recentemente, lei de autoria do vereador Eduardo Moura, do PSC, concedeu isenção de duplo pedágio na Linha Amarela. Tal medida gerou controvérsia judicial. A LAMSA, concessionária atingida, ingressou judicialmente, conseguindo a concessão de liminar que suspendia essa gratuidade. No entanto, meses depois a liminar foi anulada. O projeto de lei também chegou a ser vetado, mas vereadores do Rio de Janeiro, em quase unanimidade, derrubaram o veto.

A proposta dá isenção aos motoristas que passem mais de uma vez pela via expressa, dentro de um prazo de duas horas. A Procuradoria Geral do Município ainda deve analisar a constitucionalidade do projeto.

O meio mais utilizado para a recomposição do equilíbrio nos contratos de concessão em casos como os mencionados acima acaba sendo o aumento da tarifa. Ou seja, o risco nesse caso acaba sendo repassado, de certa forma, aos próprios usuários. O que nos leva a outro aspecto fundamental para a estruturação dos contratos de concessão: a alocação de riscos.

3.1. O papel da matriz de risco nos contratos de concessão comum e Parcerias Público-Privadas

Todo contrato possui uma matriz de risco. É essa matriz que determina qual será a responsabilidade de cada uma das partes. Isso inclui estipular também qual das partes estará incumbida de lidar com determinados riscos que podem vir a afetar o andamento contratual.

A alocação adequada de riscos é fundamental para que se obtenha um andamento salutar do contrato, e conseqüentemente incentivo para a ação de cada uma das partes contratuais.

Por essa razão, a matriz de risco está muito ligada ao sistema de equilíbrio econômico-financeiro. A função do sistema é justamente o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual, nos termos de Maurício Portugal Ribeiro.⁸

O autor explica que há três critérios principais, que devem ser observados para uma melhor distribuição dos riscos em um contrato, sendo eles:

1. As condições que estão ao alcance de cada parte para evitar eventos indesejáveis. O risco deve ser alocado à parte que consiga, a menor custo, reduzir as chances de um evento danoso ocorrer. Uma lição citada pelo autor é que, em contratos de concessões rodoviárias, costuma-se atribuir o risco ao concessionário por eventuais acidentes com cargas perigosas. Afinal, está muito mais ao alcance deste prevenir os acidentes (ao manter a rodovia em boas condições, por exemplo).
2. As condições de lidar com tais eventos danosos, uma vez já ocorridos. Novamente, o exemplo de acidentes com cargas perigosas em concessões rodoviárias se aplica aqui: o concessionário costuma estar em melhor posição para remediar mais rapidamente as consequências do acidente, evitando, dentro do possível, ainda mais contaminações.
3. A possibilidade de “externalizar” os custos desses eventos danosos a terceiros. Nesse caso, como a Administração sempre repassa seus custos, direta ou indiretamente aos contribuintes, a utilização desse critério acabaria nos levando ao entendimento de que seria melhor priorizar a transferência dos riscos sempre ao parceiro privado. No entanto, há casos em que a concessionária não tem condições de lidar com alguns riscos, ou remediar suas consequências. Assim sendo, o parceiro privado tenderá a embutir em seu preço o custo de lidar com esses eventos indesejáveis, ou fazer seguro e repassar esse custo para o preço cobrado da Administração ou do usuário. Dessa forma, deve-se analisar cada caso individualmente, sem pularmos à conclusão de que seria sempre melhor alocar os riscos ao parceiro privado.

Tendo esses três critérios em mente, conseguimos entender a importância de uma alocação adequada de riscos, e sua ligação com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Entender o mecanismo por trás de um contrato de concessão também nos esclarece como medidas populistas de governantes – como no caso de conceder gratuidades para

⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs*. Melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 78-81

determinados grupos - dificultam até mesmo a manutenção do princípio da modicidade tarifária dos serviços públicos. Quando a comoção popular surge em razão do aumento de tarifas, muitos não compreendem que foram justamente medidas destinadas a agradar temporariamente e assim angariar votos da população, que levaram futuramente ao seu descontentamento: os custos (e os riscos da medida) foram “repassados” para a própria população usuária dos serviços.

Gratuidades concedidas em um cenário de recessão, por exemplo, levariam em pouco tempo a um considerável aumento na tarifa base, já que além da recompensação necessária em razão das gratuidades, também haveria a inflação impactando diretamente os custos e retorno do contrato, e um reajuste se faria necessário. Assim, usuários com o dinheiro já desvalorizado pela própria inflação, tem de pagar ainda mais, possuindo ainda menos dinheiro.

Ainda sobre o tema da repartição de riscos, sugere Marcos Juruena Villela Souto⁹ que riscos cambiais, políticos, de interpretações judiciais e de relações internacionais, que não são gerenciáveis pelo particular, caberiam ao Estado. Já riscos ligados ao rendimento, competição, tecnologia, construção e operação, devem ser assumidos pelo particular.

3.2 Interrupção do serviço público em razão da inadimplência do usuário

A possibilidade de interrupção do serviço público nos casos de inadimplência já foi tema mais controverso. No entanto, atualmente é pacífico na jurisprudência do STJ o entendimento pela possibilidade da interrupção do serviço quando o usuário for inadimplente, desde que alguns requisitos sejam cumpridos. Não é aceitável, por exemplo, que se interrompa o fornecimento de energia elétrica sem aviso prévio.

Esse entendimento pela possibilidade de interrupção colabora para a manutenção da equação econômico-financeira nos contratos de concessão. Primeiramente, porque a remuneração do serviço público é feita, em regra, pela tarifa paga pelo usuário. Caso o serviço não fosse interrompido ao usuário inadimplente, isso poderia funcionar como estímulo para que outros usuários não pagassem também pelo serviço, sentindo que possuem o mesmo “direito” de ter o serviço prestado sem terem de pagar a tarifa cobrada.

⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parcerias público-privadas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XVII, p. 35, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

Além disso, continuar prestando o serviço a usuários inadimplentes tornaria mais custosa e penosa a prestação do serviço para usuários que pagam as tarifas. Isso prejudicaria, seguramente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. O art. 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/1995 é um fundamento legal que corrobora para a tese a favor da interrupção.

3.3 Modicidade Tarifária VS Equilíbrio econômico-financeiro

Em 2012, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador - ABRADECONT promoveu Ação Civil Pública em face do Estado do Rio de Janeiro e da BARCAS S/A, insurgindo-se contra aumento de tarifa ocorrido naquele mesmo ano para o transporte aquaviário de passageiros, que passou então a ser de R\$ 4,50 (quatro reais e cinquenta centavos).

A Associação entendia que o aumento seria irrazoável e desnecessário, além de descumprir a exigência de tarifas módicas nos serviços públicos. Invocava também o Código de Defesa do Consumidor, alegando que aquela seria uma relação consumerista, e portanto protegida pelo CDC.

No entanto, ocorre que, primeiramente, a “modicidade tarifária” é um conceito jurídico indeterminado, que não pode ser evocada de maneira tão simples, e reduzida puramente ao valor cobrado do usuário do serviço público, sem levar em consideração a remuneração do concessionário. Além disso, não se tratava, no caso em tela, de uma questão puramente consumerista, conforme bem argumenta Felipe Derbli.¹⁰ Tratar dessa forma seria desconsiderar a necessidade de manutenção da equação econômico-financeira do contrato, o que poderia gerar até mesmo a descontinuação do serviço público, sendo o Estado obrigado a encampá-lo, ou assumir riscos que seriam do concessionário.

Além disso, leciona Felipe Derbli que o aumento da tarifa no caso trata-se de uma solução técnica, e tal tema foge à análise do judiciário. Por ser avaliação de cunho técnico, que se relaciona a aspectos econômicos, operacionais, e logísticos, foram devidamente analisados pela agência reguladora especializada para tanto (no caso, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro - AGETRANSP). É direito do concessionário a

¹⁰ BAPTISTA, Felipe Derbli Carvalho. *Contestação em Ação Civil Pública*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, nº 67. Rio de Janeiro, 2013.

revisão contratual uma vez verificado o abalo no equilíbrio econômico-financeiro, e o desequilíbrio foi devidamente apurado e confirmado por estudos.

Uma vez que a existência de quebra no equilíbrio foi reconhecida, a revisão tarifária fez-se necessária no caso em tela, tendo sido analisada por agência reguladora que possui o conhecimento técnico e *expertise* no assunto. Não caberia, portanto, ao judiciário analisar tal questão.

Na sentença, ainda recente, o processo foi extinto sem resolução de mérito, por carência de ação, diante da falta de interesse processual. Entendeu-se que, como não houve pedido de nulidade do contrato de concessão celebrado, ou dos aditivos e licitação realizada, restaria caracterizada a carência de ação, uma vez que a parte autora não questionou a cláusula contratual que estipulou a forma de reajuste das tarifas.

Conclusão

Uma vez que contratos de concessão costumam ser extremamente longos, o equilíbrio econômico-financeiro desses contratos costuma estar sujeito a diversos abalos – muitos deles imprevisíveis - ao longo dos anos. Esse equilíbrio deve ser preservado, não apenas por ser considerado um princípio por parte da doutrina, mas principalmente por ser uma lógica inerente ao contrato.

Caso o equilíbrio não se mantenha, a concessionária não conseguirá manter-se no contrato, e tanto o poder concedente quanto os usuários pagadores e não-pagadores são prejudicados.

No entanto, deve-se considerar que o aumento das tarifas não é o único mecanismo disponível em casos de desequilíbrio econômico-financeiro, e outras medidas podem - e devem - ser tomadas, evitando que a população esteja sempre a responder direta ou indiretamente pelos riscos nos contratos de concessão.

Alguns mecanismos disponíveis para a manutenção da equação econômico-financeira ou sua recomposição são o reajuste, a atualização monetária, a repactuação, a revisão, a prorrogação do prazo do contrato, a alteração na tarifa, e a indenização.

O entendimento pela possibilidade de interrupção do serviço do usuário inadimplente é hoje pacífico na jurisprudência do STJ, e também não deixa, de alguma forma, de colaborar direta ou indiretamente para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro: ao perceberem que um usuário foi inadimplente, mas não teve seu serviço interrompido, muitos outros usuários poderiam seguir tal exemplo e não pagarem o serviço, se sentindo no mesmo

“direito” de não terem o serviço interrompido por isso. Além disso, continuar prestando o serviço a usuários inadimplentes tornaria mais custosa e penosa a prestação do serviço para os usuários que pagam devidamente por ele.

Cabe mencionar que essa interrupção, no entanto, deve observar alguns requisitos, como por exemplo, o aviso prévio em caso de corte de energia.

A matriz de riscos no contrato de concessão é um fator determinante para um contrato salutar. Os principais critérios para distribuição de riscos no contrato devem ser: as condições que estão ao alcance de cada parte para evitar eventos indesejáveis; a condição de lidar com eventos danosos, uma vez já ocorridos; e a possibilidade de passar os custos dos eventos danosos a terceiros.

Quando a parte que assume o risco é o poder concedente, surge a problemática de que o risco acaba, em regra, sendo transmitido à população.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs*. Disponível em: RDA – Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, 2013. Acesso em: 09/12/15.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BAPTISTA, Felipe Derbli Carvalho. Contestação em Ação Civil Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, nº 67. Rio de Janeiro, 2013.

BINEBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-privadas e a Constituição*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Nº 2. Econômico. Salvador, 2005.

GARCIA, Flavio Amaral. *Aspectos polêmicos da cláusula de reajuste nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, nº 61. Rio de Janeiro, 2006.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Concessões*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2015.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Função Regulatória*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, nº. 13, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 10/04/2016

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parcerias público-privadas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XVII, p. 35, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.