



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉ MOLINAR VELOSO

**O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATOS DE  
CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO POR FATO DO PRÍNCIPE: RE 571.969/DF**

BRASÍLIA  
2014

ANDRÉ MOLINAR VELOSO

**O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATOS DE  
CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO POR FATO DO PRÍNCIPE: RE 571.969/DF**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do grau de Bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília - UnB

**Orientador:** Prof. João Costa Neto

Brasília

2014

ANDRÉ MOLINAR VELOSO

**O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATOS DE  
CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO POR FATO DO PRÍNCIPE: RE 571.969/DF**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca  
examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Professor João Costa Neto  
Orientador

---

Professor Doutor Lucas Rocha Furtado  
Membro da banca

---

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes  
Membro da banca

---

Professor Bruno Rangel Avelino  
Membro suplente da banca

Brasília, 26 de novembro de 2014

A Deus, por dar sentido à vida.  
A meus pais, fonte de amor inesgotável.  
A meus irmãos, pela eterna parceria.  
A meus amigos, comigo em todas as horas.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por guiar toda a vida com o seu amor. Indubitavelmente, minha graduação é a concretização de Sua vontade.

Aos meus pais, por me darem as melhores oportunidades educacionais e condições para meus estudos. Obrigado pelo exemplo de luta e trabalho, apoio incondicional e confiança absoluta em minha capacidade.

À Universidade de Brasília, que, além de me formar como bacharel em Direito, me fez um cidadão mais consciente. De fato, o papel do jurista na sociedade vai muito além da simples aplicação acrítica da norma ao caso concreto.

Agradeço ao Professor João Costa Neto pela orientação solícita e paciente na elaboração desta monografia. Sou muito grato por haver dividido comigo seu amplo conhecimento sobre o tema, sem que me impusesse qualquer posição a ser tomada.

Aos Professores Lucas Rocha Furtado, Othon de Azevedo Lopes e Bruno Rangel Avelino, pela inspiração nas brilhantes aulas e pela honra em tê-los em minha banca.

Por fim, agradeço a todos aqueles que, com uma palavra amiga, me aconselharam durante a graduação, almejando o meu sucesso.

Esse trabalho monográfico é fruto da colaboração de todos esses, a quem devo eterna gratidão.

*“There is an element of the world-building capacity of man in the human faculty of making and keeping promises. Just as promises and agreements deal with the future and provide stability in the ocean of future uncertainty where the unpredictable may break in from all sides, so the constitution, founding, and world-building capacities of man concern always not so much ourselves and our own time on earth as our ‘successor’, and ‘posterities’.”*

Hannah Arendt

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o cabimento de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviço público por fato do príncipe. De fato, identificar a quebra da equação contratual, a ocorrência de fato do príncipe e o dever do Poder Público em reequilibrar o acordo pactuado não são tarefas livres de controvérsias. As questões abarrotam os Tribunais de Justiça e de Contas com processos milionários, por vezes, bilionários, que podem injustificadamente comprometer o orçamento público, sobrecarregar os usuários dos serviços delegados ou, então, onerar excessivamente os concessionários. Decisões contraditórias entre si e em si mesmas corroboram com a formação de um ambiente de grande insegurança jurídica, que acaba por reprimir investimentos de particulares em áreas estratégicas para o desenvolvimento econômico nacional. Para a solução da questão, será analisado criticamente o Recurso Extraordinário 571.969/DF (caso Varig), julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no primeiro semestre de 2014, que tratou do dever estatal em indenizar concessionária de serviço público pelo congelamento de tarifas estabelecido no bojo do Plano Cruzado. Buscar-se-á determinar os argumentos pertinentes para um posicionamento adequado da Corte Suprema, a partir da utilização de um método objetivo, embasado teoricamente naquilo que, de fato, vem a ser o fato do príncipe indenizável. Somente assim, litígios de enorme valor, relativos à responsabilidade estatal, poderão ser adequadamente solucionados.

**Palavras-chave:** concessão de serviço público; reequilíbrio econômico-financeiro; teoria do fato do príncipe; regulação da ordem econômica; responsabilidade civil estatal.

## ABSTRACT

This text aims to analyze the suitability of an economic-financial reestablishment for public services concession contracts after a *factum principis*. As a matter of fact, identifying contractual rupture, the occurrence of *factum principis* and the duty held by the State of rebalancing the agreed upon are not regarded as tasks free from controversy. Those matters flood the Courts with lawsuits worth millions, at times, billions, which can unjustifiably compromise the State's budget, overflow the assigned services' users or, thus, overcompensate the concessionaires. Conflicting rulings among one another or among themselves substantiate legal uncertainty, which dwindle and discourages investment by agents, key for the nation's economic growth. In order to settle the predicament, this paper shall scrutinize the Varig case, dealt with by the Brazilian Supreme Court in the first half 2014, which referred to the duty held by the State of reimbursing public services providers for price-freezing established by the *Cruzado* plan. Thus, the suitable arguments for an adequate ruling by the Supreme Court shall be exploited, taking advantage of a direct method, hinged upon the reimbursable *factum principis*. Only then, costly lawsuit regarding the State's accountability can be properly settled.

**Key-words:** public service concession; economic-financial adjustments; *factum principis* theory; economic regulation; civil liability of the State.



## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 10 |
| <b>CAPÍTULO 1: A SUPREMACIA DOS INTERESSE PÚBLICO E A GARANTIA DOS PARTICULARES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....  | 14 |
| 1.1 A natureza contratual dos acordos administrativos.....   | 14 |
| 1.2 A supremacia do Poder Público no contrato administrativo.....  | 17 |
| 1.3 A intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro contratual.....   | 21 |
| <b>CAPÍTULO 2: O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS</b> .....  | 24 |
| 2.1 Evolução histórica da concessão de serviços públicos.....  | 24 |
| 2.2 As peculiaridades dos contratos de concessão de serviços públicos.....   | 27 |
| 2.3 O sucesso de uma concessão.....  | 31 |
| 2.4 O equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviços públicos.....  | 34 |
| <b>CAPÍTULO 3: INSTRUMENTOS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS</b> .....   | 40 |
| 3.1 Recomposição do equilíbrio: o reajuste e a revisão dos contratos.....  | 40 |
| 3.2 Teoria das áleas contratuais.....  | 43 |
| 3.3 O fato do príncipe nos contratos de concessão de serviço público.....  | 48 |
| 3.4 O direito à recomposição do equilíbrio por fatos do príncipe em contratos de concessão de serviço público.....   | 53 |
| <b>CAPÍTULO 4: FATOS DO PRÍNCIPE GERADOS PELA REGULAÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA E SEUS REFLEXOS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: RE 571.969/DF</b> ..... | 59 |
| 4.1 Regulação estatal na economia como fato do príncipe.....   | 59 |
| 4.2 RE 5712969/DF.....   | 62 |
| a) Princípios envolvidos.....  | 66 |
| b) Dano direto à companhia.....  | 70 |
| c) Impacto do prejuízo.....  | 73 |
| d) Especialidade do dano.....  | 76 |
| 4.3 Considerações finais.....  | 80 |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....   | 83 |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....  | 87 |

## INTRODUÇÃO

Inicialmente, nem sempre o Estado externaliza sua vontade através de atos unilaterais. A colaboração dos particulares é, e continuamente foi durante a História, essencial à própria manutenção do aparato estatal: para a realização de obras, prestação de serviços e fornecimento de bens.

A partir do advento do atual Estado Democrático de Direito e do fortalecimento da ideia de cooperação, os acordos de vontade ganham cada vez mais relevância<sup>1</sup>. Para a compreender bem a parceria entre particulares e o Poder Público, faz-se necessária uma breve digressão histórica sobre os modelos de Administração.

No Estado liberal clássico, simbolizado pela França pós-revolução de 1789, o Poder Público tinha como papel garantir os direitos humanos de primeira geração, que consistiam na proteção do indivíduo ante o próprio Estado, segundo a classificação de Bobbio<sup>2</sup>. Em meados do século XIX, o paradigma liberal<sup>3</sup>, voltado para a proteção da liberdade e da igualdade formal, mostrou-se insuficiente para debelar a profunda disparidade entre os indivíduos gerada no âmbito econômico e social.

O Estado social, então, surge com um caráter corporativo para promover a igualdade material entre os cidadãos e conduzir o desenvolvimento econômico<sup>4</sup>. As Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar adotaram tal modelo de organização, ampliando desmesuradamente o rol de suas atribuições do Poder Público, especialmente no que tange a serviços públicos.

No entanto, a era de ouro do Estado social, tida por Hobsbawm entre os anos de 1945 e 1973, chegou ao fim por problemas governamentais de financiamento e eficiência na prestação de serviços, bem como por questionamentos acerca da própria legitimidade de tal modelo administrativo<sup>5</sup>. É que são postas em cheque, na década de 70, a clientelização da cidadania, a burocracia weberiana e a falta de abertura do Estado à participação popular para

---

<sup>1</sup> FURTADO, 2013, p. 387.

<sup>2</sup> BOBBIO, 1992.

<sup>3</sup> O termo “paradigma” é muito ligado à filosofia da ciência, tema do livro *Estrutura das Revoluções* de Thomas Kuhn. Superficialmente, o paradigma é o ponto comum de uma comunidade, que convencionou linguagens simbólicas, elaborou algum modelo, resolve problemas e partilha valores. KUHN, 2000, p. 256.

<sup>4</sup> Há de se ressaltar que alguns autores diferenciam o Estado social do Estado de bem-estar social. De acordo com essa classificação, o Estado social seria corporativo, assistencialista, que degenerado poderia chegar ao fascismo ou nazismo. Já o Estado de bem-estar social seria aquele derivado do Estado social, mas que visa garantir a liberdade e a igualdade materiais entre os indivíduos por meio de prestações compensatórias. Busca também promover o crescimento econômico e proteger propriedade privada e contratos.

<sup>5</sup> HOBBSAWM, 1995.

responder demandas de sociedades cada vez mais complexas, heterogêneas e miscigenadas culturalmente.

Sendo assim, para a solução de tais impasses, o setor privado é chamado para atuar em colaboração com o Poder Público no Estado Democrático de Direito. Sem deixar de ser de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser social, protetor do bem comum, o Estado passou a ser democrático. Isso não significa que o princípio democrático não fosse acolhido nas concepções estatais anteriores, mas ele passa a ser visto sob a ótica da participação popular efetiva.

Prevalece, então, a ideia habermasiana de que as autonomias pública e privada são co-originárias, complementares, já que só há, de fato, participação na esfera coletiva se forem respeitados os direitos na esfera privada e vice-versa<sup>6</sup>. Concomitantemente a isso, a tradicional gestão burocrática é substituída por uma gestão gerencial de resultados e muitas atividades, até então estatais, são delegadas a particulares em busca de eficiência e economicidade.

O Estado Democrático de Direito é, assim, entendido a partir desta perspectiva consensual, cooperativa. Os acordos de vontade acabam por assumir posição de destaque na atuação administrativa, por serem os instrumentos mais adequados para que particulares colaborem com o desempenho de atividades estatais.

Verifica-se, portanto, que nem o modelo de Estado, nem o modo de a Administração se relacionar com os particulares são estáticos. Fatores políticos, sociais, econômicos, dentre outros, ditam a configuração do Poder Público. O fato é que, no Ocidente, há atualmente um reforço da busca, por parte da Administração, ao desenvolver suas ações a partir do consenso com os indivíduos<sup>7</sup>.

No entanto, cabe a ressalva de Fernando Menezes de Almeida sobre o contexto brasileiro:

Já, no Brasil, a tradição de um Poder Executivo da União nitidamente preponderante em termos de poder político em relação aos demais, centrado na figura pessoal do Presidente, tendente a abusos nem sempre coibidos – e, em tantos momentos da história, institucionalizados – acabou por acolher o regime de prerrogativas contratuais como reforçar uma tendência autoritária da Administração. Criou-se no Brasil, sobretudo na mentalidade da Administração e seus agentes, a ideia – ou, talvez, o pretexto – de que o reforço do poder da autoridade pública é sinônimo de garantia de respeito ao interesse público.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> HABERMAS, 1984, p. 169-212.

<sup>7</sup> MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 338.

<sup>8</sup> MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 230.

Essa mentalidade pode ser o que dificulta a mudança de algumas concepções antidemocráticas acerca dos contratos administrativos, ainda adotadas pela legislação, jurisprudência e parte da doutrina nacionais. Há de se reconhecer, no entanto, que, nas últimas décadas, tem-se verificado a maior adoção, pelo Estado brasileiro, de novos modelos de parcerias entre Poder Público e particulares, ainda que de modo pouco sistematizado e nem sempre coerente.

Ganham destaque, assim, as concessões de serviços públicos<sup>9</sup>, que possuem previsão constitucional no 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”*.

Um dos aspectos mais controvertidos em relação a tais contratos administrativos é a definição de métodos adequados para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro firmado, direito constitucional do contratado, segundo o art. 37, inciso XXI, da Lei Maior. Essencialmente, as concessões são muito mutáveis por envolverem concepções cambiáveis sobre o serviço público adequado e o empreendimento capitalista.

Ademais, fatores como prazos de vigência muito amplos (20, 30 anos...), grandes valores envolvidos e três sujeitos a serem considerados (Estado, concessionário e usuário do serviço público) dificultam a estes contratos e à lei o estabelecimento de soluções para a recomposição do equilíbrio em todas as situações extraordinárias que podem vir a ocorrer ao longo do tempo.

Dentre tais acontecimentos imprevisíveis, alteram de forma substancial o equilíbrio contratual os fatos do príncipe relativos a políticas econômicas emanadas pelo governo através de leis gerais e abstratas. No caso brasileiro, a postura intervencionista do Estado na economia foi praxe em toda a História política da nação e é legitimada constitucionalmente. Cumpre saber se, quando e como deve o Poder Público recompor os contratos de concessão desequilibrados pela edição de políticas gerais.

A questão é muito controversa e é a causa de inúmeros litígios milionários no Judiciário e nos Tribunais de Contas, decididos de diferentes maneiras. A fim de se identificar um parâmetro para o julgamento da responsabilidade estatal, é pertinente a análise do Recurso Extraordinário 571.969/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no início do ano de 2014.

O Plenário da Corte se posicionou pelo dever da Administração Pública em indenizar a Varig S/A (ex-concessionária de serviços de transportes aéreos) pelo congelamento das tarifas de passagens, a partir da instauração do Plano Cruzado em 1986. O total a ser pago

---

<sup>9</sup> FURTADO, 2013, p. 387.

pode chegar a R\$ 7 bilhões de reais após a liquidação da sentença, o que constitui a maior indenização já vista na América Latina<sup>10</sup>.

No mesmo sentido, foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em setembro de 2014, sobre caso semelhante envolvendo a Vasp S/A, com o deferimento de indenização que pode chegar a R\$ 3,5 bilhões de reais. Só em relação a esses dois litígios julgados em 2014, tem-se um passivo atribuído à União Federal de mais de R\$ 10 bilhões de reais, o que corresponde a um valor superior a 10% do que foi gasto pelo Governo Federal em todo o ano de 2013 com educação<sup>11</sup>.

A importância do estudo do tema é demonstrada, portanto, a partir dos montantes envolvidos nas causas, que impactarão de forma significativa no orçamento público, bem como a partir da utilização de argumentos jurídicos contraditórios pelos Ministros da Corte Suprema no julgamento do caso Varig. Segundo Lucas Rocha Furtado:

As decisões acerca dos aumentos das tarifas decorrentes da recomposição do equilíbrio financeiro dos contratos [ou a indenização pelo congelamento tarifário indevido] devem ser bem fundamentadas, técnica e juridicamente, de modo a permitir o controle e a comprovação da legitimidade do processo de execução da política tarifária previamente definida. Do contrário, as revisões tarifárias decorrentes dos processos de recomposição de equilíbrio desses contratos tendem a ser constante fonte de insegurança para as concessionárias, para a Administração Pública e, principalmente, para os usuários.<sup>12</sup> (sem ressalvas no original)

De fato, um ambiente de insegurança jurídica acaba por impedir o sucesso da parceria entre o Poder Público e os agentes privados, que têm seu interesse em contratar com a Administração paulatinamente diminuído. O investimento em áreas estratégicas para o desenvolvimento do país, como energia elétrica e rodovias, resta, assim, comprometido e o Estado e os usuários dos serviços acabam arcando com maiores custos para a atração de empreendedores.

Em face dessas questões, este trabalho monográfico se propõe a estabelecer parâmetros claros, a serem aplicados na prática brasileira, para a identificação das situações em que devem ser recompostos os contratos de concessão de serviços públicos a partir da ocorrência de fatos do príncipe, no contexto de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

---

<sup>10</sup> Segundo os cálculos do Ministro do STJ, Herman Benjamin, em seu voto vista no Recurso Especial, também no processo da Varig.

<sup>11</sup> Em 2013, o gasto da União com educação foi de R\$ 91,3 bilhões, de acordo com dados do Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi) do governo federal, atualizados em 21.12.2013. Disponível em: [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2014/01/03/interna\\_politica,406120/gastos-com-educacao-em-2013-ficam-abaixo-da-meta-do-proprio-governo.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2014/01/03/interna_politica,406120/gastos-com-educacao-em-2013-ficam-abaixo-da-meta-do-proprio-governo.shtml). Último acesso em 05.11.2014, às 18h13.

<sup>12</sup> FURTADO, 2010, p. 398.

## **CAPÍTULO 1: A SUPREMACIA DOS INTERESSE PÚBLICO E A GARANTIA DOS PARTICULARES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Inicialmente, será analisado o reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviço público por fato do príncipe. Por tais acordos serem uma espécie de contrato administrativo, faz-se necessário, neste primeiro capítulo, tratar de algumas características do gênero, que serão peças-chave para a compreensão do objeto de pesquisa. Assim, analisar-se-ão três aspectos: a natureza contratual dos acordos administrativos (item 1.1), o falso princípio da supremacia do interesse público (item 1.2) e, por fim, a garantia do particular, consubstanciada na manutenção do equilíbrio da avença (item 1.3).

### **1.1 A natureza contratual dos acordos administrativos**

Em primeiro lugar, o posicionamento majoritário da doutrina é de que a concessão de serviço público é constituída por um contrato administrativo peculiar<sup>13</sup>. Assim, para a adequada delimitação do objeto de pesquisa, faz-se necessário, neste primeiro ponto, tecer algumas considerações sobre a natureza contratual dos acordos administrativos, mesmo que estes possuam cláusulas relativas a soberania do interesse público aparentemente incompatíveis com o direito civil.

A discussão sobre a natureza dos acordos celebrados pela Administração Pública com particulares perdurou mundialmente até o final do século XIX. Sobre as diferentes visões sobre o tema, Fernando Dias Menezes de Almeida faz uma análise profunda em sua obra *Contratos administrativos*<sup>14</sup>.

Segundo o autor, resumidamente, o empecilho ao reconhecimento do caráter contratual de tais acordos se dava devido à visão civilista-individualista, dominante no século XVIII, que tomava como essências da substância contratual a igualdade das partes e o estrito respeito à máxima *pacta sunt servanda*. Em outras palavras, o rol de prerrogativas do Poder Público, que mitiga a autonomia da vontade do particular, era, até então, tida como incompatível com a teoria geral dos contratos.

---

<sup>13</sup> Tratar-se-á de forma mais aprofundada sobre a caracterização do contrato de concessão como um contrato administrativo no ponto 2.2.

<sup>14</sup> MENEZES DE ALMEIDA, 2012.

Ocorre que esta abordagem afastava-se da verdadeira essência do contrato e que está sim presente nos contratos administrativos: a busca da paz social. Conclui o referido professor da Universidade de São Paulo:

Por outro lado, pode-se sugerir que sejam acolhidos, como elementos substanciais do contrato, do ponto de vista contratual, a existência de um acordo de vontades de partes diversas, com o objetivo de se criar uma situação jurídica individual; e, em perspectiva funcional, o respeito a palavra consensualmente dada, garantindo-se a confiança dela decorrente e, em última análise, a paz social.

Estas considerações valem não apenas para o contrato administrativo ou para o contrato civil, mas para o contrato como categoria jurídica; enfim, quer-se sustentar que o aumento da complexidade dos “*contratos administrativos*” deve levar a um novo patamar de convergência teórica na essência substancial do contrato<sup>15</sup>.

Neste mesmo sentido, parece relevante o entendimento acerca de paz social para Norberto Bobbio<sup>16</sup>. Segundo o teórico italiano, tal finalidade do Direito se concretiza em uma forma de substituição da guerra como modo de solução dos conflitos sociais. Essa função jurídica pacificadora, por sua vez, repousa na coerência, entendida como ação conforme o pactuado, o legalmente estabelecido<sup>17</sup>.

Nessa perspectiva do Direito voltado à realização da paz, assume demasiada importância a máxima da *pacta sunt servanda*, que pode tanto ser compreendida como a defesa da relação entre iguais, quanto como o próprio princípio da legalidade<sup>18</sup>. Desta forma, ainda que tal postulado romano, nos contratos administrativos, não se refira propriamente a uma relação equilibrada entre duas partes, ele remete à vinculação do acordo ao princípio da legalidade restrita, segundo o qual a Administração não pode fazer o que não estiver expressamente previsto em lei<sup>19</sup>.

A *pacta sunt servanda* não é, portanto, incompatível com os contratos administrativos. Para Hannah Arendt, este é o princípio que fundamenta o Direito, uma vez que é uma convenção da comunidade, a garantia última das leis e da própria Constituição<sup>20</sup>. Segundo a autora, o referido princípio é a solução para a imprevisibilidade e, sem ele, não haveria continuidade e durabilidade nas relações entre os homens.

<sup>15</sup> MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 67.

<sup>16</sup> BOBBIO, 1980, *apud*. MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 97.

<sup>17</sup> Segundo Paulo Otero, atualmente, a paz social não passa de um mito inalcançável: “*Observa-se, simultaneamente, que as modernas sociedades assentam numa base estruturalmente conflitual, envolvendo o entrecruzar de interesses antagônicos, sabendo-se que a satisfação de alguns de tais interesses envolve a preterição de todos aqueles que são incompatíveis e gerando fenômenos de sucessivas espirais reivindicatórias de novas satisfações, de novos interesses e outros tantos contra-interesses: a paz social torna-se hoje, cada vez mais, um mito inalcançável num mundo de interesses mesclados e conflituais*” (OTERO, 2003, 169).

<sup>18</sup> BOBBIO, 1980, p. 110.

<sup>19</sup> A Administração tem sua atuação dependente de previsão legal. É diferente, portanto, do princípio da legalidade, aplicado aos particulares, que autoriza ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inc. II, da Constituição Federal de 1988).

<sup>20</sup> ARENDT, 2008, p. 248-249.

Pode-se dizer, portanto, que o contrato possui esta função pacificadora, essencial à coesão social, a partir da satisfação de expectativas e da garantia ao cumprimento de obrigações. Não se pode negar, assim, que os acordos celebrados pela Administração Pública não possuam o mesmo propósito.

Também a favor da natureza contratual do acordo celebrado pelo Poder Público é o renomado professor português, Marcello Caetano. Apesar de a maioria dos contratos administrativos serem de adesão, não há como negar o mútuo consentimento das partes, que também é elemento caracterizador do contrato:

Em nosso entender, porém, nem a figura do contrato é incompatível com o Direito público nem os contratos regulados pelo Direito Público pertencem a género diferente dos que conhecemos no Direito Privado. [...]

Pouco importa que as cláusulas do contrato tenham sido pré-redigidas unilateralmente ou estejam imperativamente fixadas por lei, pois vimos não serem esses factos contraditórios com a concepção moderna de contrato.

Dizer que nos acordos celebrados pelo Estado nunca há senão a sucessão de actos administrativos a que corresponde a submissão voluntária do particular, é fechar os olhos à realidade.

Nos contratos considerados de Direito público a relação nasce do encontro de vontades, resulta de verdadeiro acordo livre sobre um objeto determinado; nenhum dos sujeitos considera definida e constituída a relação sem se verificar o mútuo consenso<sup>21</sup>.

O fato é que o Estado nunca deixou de celebrar acordos com os particulares, mesmo que as divergências acerca da natureza contratual de tais avenças tenham se dado até o limiar do século XX, quando o Conselho de Estado francês, em decisões sobre casos concretos, passou a estabelecer as bases da teoria dos contratos administrativos.

De acordo com Menezes de Almeida, importantes julgados daquele Conselho podem ser destacados: *arrêt Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, de 1902, em que o Tribunal reconheceu o poder de modificação unilateral do contrato pela Administração, prerrogativa esta típica do regime do contrato administrativo; *arrêt Terrier*, de 1903, em que se estabeleceu a competência da Justiça administrativa para conhecer contratos celebrados pelo Poder Público que contivessem cláusulas exorbitantes; *arrêt Société des granits porphyroïdes des Vosges*, de 1912, em que foi invocada a ideia contida no *arrêt Terrier*, e foi estabelecido que há de se distinguir os contratos sujeitos ao regime privado dos contratos administrativos pela forma e contextura contratual<sup>22</sup>. Por fim, cumpre mencionar o *arrêt Compagnie Générale Française de Tramways*, de 1910, que defendeu outro elemento

---

<sup>21</sup> CAETANO, 2003, 179-180.

<sup>22</sup> Cabe ressaltar, no entanto, que, em 1956, foi estabelecido no *arrêt Epoux Bertin*, que o critério do objeto contratual como sendo um serviço público também poderia ser determinante para a definição da competência do Conselho de Estado.



essencial do contrato administrativo: a noção de intangibilidade de seu equilíbrio econômico-financeiro<sup>23</sup>, objeto de pesquisa desta monografia.

Foi construído, então, a partir de decisões do Conselho de Estado francês, um entendimento que, juntamente com a teoria geral civilista, serve como base para a concepção brasileira sobre os contratos administrativos.

Ao final desse tópico, reconhece-se, assim, a natureza contratual dos acordos administrativos por sua função de instrumento para a paz social e seu caráter consensual. Também é superada a aparente incompatibilidade entre cláusulas exorbitantes, decorrentes da supremacia do interesse público, e a regra do *pacta sunt servanda*, a partir da adoção de um regime jurídico específico, que deve harmonizar os interesses público e privado, como será visto adiante.

## 1.2 A supremacia do Poder Público no contrato administrativo

Apesar de estar clara a natureza contratual dos acordos administrativos, é importante destacar, neste ponto, aquilo que os diferencia das demais convenções: a existência de cláusulas exorbitantes. Quer-se demonstrar os riscos à democracia e à própria atratividade da avença quando se classifica um contrato administrativo como instrumento para a concretização de um falso princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Como ponto de partida, tem-se a conceituação de contratos administrativos por Celso Antônio Bandeira de Mello: “*um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado*”<sup>24</sup>.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “*contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração*”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 127-131.

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 614.

<sup>25</sup> MEIRELLES. Direito administrativo. 221.

Verifica-se, assim, que a ideia de busca pelo interesse público é uma constante na maioria das conceituações de contratos administrativos<sup>26</sup>. No entanto, o fundamento é recorrentemente utilizado sem os devidos cuidados. Devem ser feitas, por isso, algumas ressalvas sobre um suposto princípio da supremacia do interesse público, frequentemente defendido pela jurisprudência e doutrina.

Humberto Ávila aduz que a dita supremacia não se trata rigorosamente de um princípio jurídico<sup>27</sup>. Em primeiro lugar, porque possui apenas um grau normal de aplicação, referente a preponderância do interesse público sobre o privado. Isso impede, portanto, sua aplicação parcial em face de outros princípios, o que é, na visão de Dworkin, a principal diferença entre princípios e regras<sup>28</sup>.

Também a característica desse postulado, que, em si mesmo, já traz uma espécie de absolutismo em sua aplicação, impede a ponderação inerente ao juízo de proporcionalidade de Alexy para a resolução de um caso concreto<sup>29</sup>.

Ademais, a supremacia do interesse público não pode ser considerada um princípio por não ser imanente ao sistema jurídico constitucional. De acordo com Häberle, mencionado por Humberto Ávila:

Somente depois que todas as – reconhecidas – tensões entre os interesses públicos e privados forem compreendidas, e que ao princípio do Estado de Direito e do Estado Social de Direito possam corresponder prescrições não indiretamente sobre o interesse particular, mas diretamente sobre o interesse público e que sua posição seja encontrada no conjunto da Constituição, será o interesse público um princípio jurídico imanente.<sup>30</sup>

Ainda que assim não fosse, a preponderância da pretensão pública não é um princípio porque não há como ela ser concebida sem referência a uma situação concreta. Tal indeterminabilidade acaba por ir de encontro à segurança jurídica.

Conclui-se, portanto, que a supremacia do interesse público não tem carácter principiológico. A concepção em sentido contrário pode ser perigosa à própria democracia, uma vez que a terminologia relativamente incerta sobre o que vem a ser interesse público

---

<sup>26</sup> Segundo Di Pietro, no Estado cooperativo, a noção de interesse público deixa de ser coincidente com o foco da máquina administrativa burocrática (interesse público secundário) para ser entendida como resultados concretos em benefício dos cidadãos. (DI PIETRO, 2011, p. 21).

<sup>27</sup> ÁVILA, 2001.

<sup>28</sup> DWORKIN, 2007.

<sup>29</sup> Sobre a ponderação na teoria de Alexy, Gilmar Mendes explica que “a ponderação realiza realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então, se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei ‘de ponderação’ segundo a qual, ‘quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes não de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção’”. MENDES; BRANCO, 2012, p. 273-274.

<sup>30</sup> HÄBERLE, 1970, apud ÁVILA, 2014, p. 12.

acaba por ser utilizada como uma autorização jurídica para o esbulho aos interesses dos particulares contratados<sup>31</sup>.

Muito embora existam interesses coletivos e difusos merecedores de proteção pelo Estado, que, por isso, possui prerrogativas contratuais extraordinárias, há de se rejeitar a ignorância autoritária ao ordenamento constitucional. Diz Marçal Justen Filho:

É necessário aprofundar essas concepções e adequá-las ao sistema constitucional democrático instaurado pela CF/88. Isso significa estabelecer que as chamadas prerrogativas extraordinárias são um instrumento para propiciar a realização da função imposta ao Estado de concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas segundo uma ordem jurídica caracterizada pela natureza democrática. A dita supremacia do interesse público não equivale a alguma superioridade intrínseca do Estado sobre o particular ou sobre a sociedade civil. Existem interesses que são indisponíveis, o que conduz a que o Direito atribua ao Estado a sua realização. Mas daí não se segue que o Estado seja investido de faculdades prepotentes, autoritárias. Todas as competências atribuídas ao Estado, inclusive as prerrogativas extraordinárias, são manifestações do dever de promover os direitos fundamentais de todos, com observância e respeito aos valores e aos limites impostos pela ordem jurídica.<sup>32</sup>

A desconsideração de tal fato é, sobretudo, preocupante quando o Superior Tribunal de Justiça concebe uma superioridade intrínseca do Estado sobre o particular, sem qualquer argumentação mais elaborada:

*Ad argumentandum tantum*, sobreleva notar, que em face de contrato administrativo, seria cabível a rescisão unilateral pela Administração, calcada no princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, que norteia todo o contrato administrativo, consoante se extrai do teor dos artigos 78, XII e art. 79, I, da Lei 8.666/93.<sup>33</sup>

Por isso, de acordo com Hely Lopes Meirelles, a verdadeira peculiaridade e o que realmente caracteriza os contratos administrativos não é a supremacia pelo interesse público, mas sim a posição de vantagens conferida ao Estado pelo contrato administrativo:

Mas o que realmente o tipifica e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica com *supremacia de poder* para fixar as condições iniciais do ajuste. Desse *privilégio administrativo* na relação contratual decorre para a Administração a faculdade de impor as chamadas *cláusulas exorbitantes do Direito Comum*.

Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público, que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação

---

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 810

<sup>32</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 810.

<sup>33</sup> RMS 20.264, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 01.03.2007.

administrativa. É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.<sup>34</sup>

Assim, a posição mais benéfica da Administração Pública é verificada pela existência de cláusulas exorbitantes nos contratos em que ela figure como parte, como as previstas no art. 58 da Lei n. 8.666/93, por exemplo<sup>35</sup>. Mesmo quando o Poder Público celebra acordos cujo conteúdo seja predominantemente disciplinado por normas de direito privado (como em contratos de seguro, de financiamento ou de locação), as cláusulas exorbitantes, explícita ou implicitamente previstas, permitem a relativa instabilização do vínculo contratual por iniciativa da Administração.

Por fim, há de se ressaltar que, no Estado cooperativo, a cisão entre a esfera pública e a esfera privada não é completa. A partir de uma leitura habermasiana, é impensável o interesse público sem a consideração dos interesses privados<sup>36</sup>. Também de acordo com Marcello Caetano, *“o interesse público é ligado ao interesse do particular contraente; e quando, por imperativo das necessidades colectivas, tenha de alterar-se o pactuado de forma a aumentar os encargos do particular, há que remunerá-lo ou indemnizá-lo quantitativamente, isto é, que atender ao interesse privado”*<sup>37</sup>

Ademais, o desrespeito às garantias dos contratados frente a prerrogativas extraordinárias da Administração não têm relação tão somente com exigências democráticas do Estado, mas também com a própria viabilidade econômica da contratação.

De fato, todas as prerrogativas anômalas instituídas a propósito da realização do interesse público pelo Estado acarretam reflexos econômicos a serem arcados pelo Erário, uma vez que o universo de particulares dispostos a contratar com o Poder Público diminui e, assim, as ofertas de propostas mais vantajosas. Segundo Marçal Justen Filho, configura-se um paradoxo: *“o intento de assegurar a potencial proteção ao interesse coletivo acarreta, na verdade, o seu efetivo sacrifício”*<sup>38</sup>.

Conclui-se que o Estado pode acabar por pagar preço mais elevado para participar da relação jurídica em uma posição mais vantajosa, em desconsideração ao interesse dos contratados. Faz-se necessário, assim, tratar da mais importante garantia do particular em face

---

<sup>34</sup> MEIRELLES, 2012, p. 222. No mesmo sentido, o REsp 737.741/RJ, rel. Min. Castro Meira, DJ de 01.12.2006: “ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESCISÃO. INDENIZAÇÃO. 1. Distinguem-se os contratos administrativos dos contratos de direito privado pela existência de cláusulas ditas exorbitantes, decorrentes da participação da administração na relação jurídica bilateral, que detém supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste, por meio de edital de licitação, utilizando normas de direito privado, no âmbito do direito público [...]”.

<sup>35</sup> O art. 58 da Lei n. 8.666/93 estabelece uma série de prerrogativas ao Poder Público, tais como: de modificação unilateral do contrato, rescisão unilateral, fiscalização da execução, aplicação de sanções e ocupação provisória de bens.

<sup>36</sup> HABERMAS, 1984, p. 169-212.

<sup>37</sup> CAETANO, 2003, p. 185.

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 812.

das prerrogativas do Poder Público nos acordos: a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pactuado.

### 1.3 A intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Neste tópico, buscar-se-á caracterizar o equilíbrio econômico-financeiro e classificá-lo como um direito de ambas as partes contratantes, decorrente dos princípios civilistas. Por se tratar de um equilíbrio dinâmico, a intangibilidade da equação contratual acarreta enormes dificuldades. Ademais, a necessidade de previsibilidade legal ou contratual acerca das situações em que deve ser recomposta a avença, bem como a forma como essa deve se dar, aumentam os desafios da jurisprudência e doutrina, sobretudo em contratos a longo prazo, como os de concessão de serviços públicos.

Segundo Carvalho Filho, quando se celebra qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga o objeto ao encargo financeiro correspondente<sup>39</sup>. É o que se chama de equação econômico-financeira, que constitui a principal garantia do particular em face do Estado contratante e que não pode ser afastada pela invocação do “princípio” da supremacia do interesse público, como já se viu.

Por tal importância, a intangibilidade deste equilíbrio é assegurada constitucionalmente no art. 37, inciso XXI, segundo o qual, as condições efetivas da proposta devem ser mantidas enquanto perdurar o vínculo contratual<sup>40</sup>, o que constitui um dever imperativo da Administração. Isso porque, segundo Paulo Otero, há uma íntima ligação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, expressando um identificado “casamento sem divórcio”, que se revela:

[...] na natural dependência constitucional em que toda a Administração Pública tem de se mover – seja em termos organizativos, funcionais ou relacionais – e na evidente subordinação da arquitetura jurídica do Direito administrativo à Lei Fundamental: [...] exigência de integração do Direito Administrativo e da Administração Pública na unidade do sistema de valores da Constituição, fazendo do Direito Constitucional “parâmetro material do Direito Administrativo” [...].<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> CARVALHO FILHO, 2012, p. 197.

<sup>40</sup> Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988: “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”.

<sup>41</sup> OTERO, 2003, p. 148.

No entanto, muito embora a manutenção do equilíbrio seja um dever constitucional imposto à Administração, ela pode ser considerada um direito de ambas as partes. Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida, a manutenção do equilíbrio é o respeito ao princípio da igualdade e eventual alteração nesta harmonia importa mudança nas condições competitivas sob as quais determinada proposta foi eleita mais vantajosa para a Administração<sup>42</sup>.

O respeito às garantias dos particulares e ao próprio interesse público decorre dos tradicionais princípios romanos da *lex inter partes* e, novamente, da *pacta sunt servanda*, que, embora relativizados, ainda estão presentes nos contratos administrativos. A aplicabilidade de tais princípios civis se dá devido ao fato de os acordos administrativos serem modalidades de contratos, nada diferindo em sua essência dos ajustes do Direito privado, apesar do regime jurídico especial ao qual estão submetidos, como visto no item 1.1.

Por isso, a Lei n. 8.666/93, em seu art. 54, determina que se aplicam supletivamente aos contratos administrativos os princípios e regras do Direito privado<sup>43</sup>. Também de acordo com o entendimento de Marcello Caetano, “o contrato celebrado pela Administração integra-se no gênero a que pertence o contrato civil e define-se pelos mesmos elementos essenciais: capacidades dos contraentes, mútuo consenso, objeto possível”<sup>44</sup>.

Neste sentido, segundo Lucas Rocha Furtado, como dispositivo implícito a todos os tipos de contratos, a cláusula *rebus sic stantibus* determina que, quando advém uma circunstância que instabiliza o vínculo contratual, deve ser recomposto o equilíbrio estabelecido no momento em que o acordo é firmado<sup>45</sup>. Assim, a noção de equilíbrio não é mais tida como estática, mas sim como dinâmica, e a recomposição da equação econômico-financeira não importa em violação ao *pacta sunt servanda*, mas sim em sua realização.

Ocorre que o dever de reequilibrar os contratos acarreta um intenso debate doutrinário e jurisprudencial, com múltiplas soluções díspares e controversas para casos concretos semelhantes. Isso porque, no âmbito do Direito público, em vista do princípio administrativo da legalidade restrita, os mecanismos e instrumentos de reequilíbrio financeiro devem estar expressamente previstos nos contratos e na lei. É natural, portanto, que desafios se apresentem, uma vez que é praticamente impossível o perfeito estabelecimento *a priori* de todas as situações que acarretarão a recomposição, bem como os mecanismos adequados para fazê-la.

---

<sup>42</sup> MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 219.

<sup>43</sup> Art. 54 da Lei n. 8.666/93: “os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

<sup>44</sup> CAETANO, 2003, p. 181.

<sup>45</sup> FURTADO, 2013, p. 407.

A questão se complica principalmente em contratos de longo prazo, especialmente, os de concessão de serviços públicos devido a suas peculiaridades, a serem analisadas adiante.

## **CAPÍTULO 2: O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Tendo tratado, no capítulo 1, da natureza contratual dos acordos administrativos, do não princípio da supremacia do interesse público e da verdadeira garantia do contratado, consubstanciada no equilíbrio econômico-financeiro, pretende-se agora aprofundar o estudo de tal direito do particular, especificamente em contratos de concessão de serviço público, que são o foco principal desta monografia.

### **2.1 Evolução histórica da concessão de serviços públicos**

Antes de mais nada, cabe, neste ponto, fazer um breve relato histórico sobre contratos de concessão, algo fundamental para entender como deve se dar a intangibilidade da equação econômico-financeira em tais acordos. Desta forma, passar-se-á pelo desenvolvimento do instituto desde o advento do Estado de Direito até os dias atuais, quando se depara com uma ampla legislação sobre as mais diversas formas de delegação de serviços públicos, sem que as dúvidas acerca do reequilíbrio contratual tenham sido solvidas.

Verifica-se que, hodiernamente, o Estado brasileiro assume um papel subsidiário na prestação de serviços públicos e, assim, caracteriza-se por ser cooperativo. Tais predicados advêm de imposição da própria Constituição Federal de 1988, que estabelece como fundamento da República a livre iniciativa<sup>46</sup>. Isso significa que só é possível a atuação estatal direta para saciar novas demandas sociais quando a sociedade civil não for capaz de atendê-las ou quando não houver particulares interessados em desenvolver parcerias com o Estado<sup>47</sup>. Dentre tais parcerias, a concessão de serviços públicos ganha relevância.

Tal modelo de prestação de serviços configura-se como instituto jurídico próprio, semelhante ao que concebemos hoje, a partir do advento do Estado de Direito e se desenvolve

---

<sup>46</sup> Art. 1º da Constituição Federal de 1988: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”

<sup>47</sup> É pertinente aqui a crítica de Maria Sylvia Zanella de Pietro, para quem, mesmo com dispositivos expressos nas Constituições de 1967 e de 1988, em prol do princípio da subsidiariedade, este nunca foi devidamente observado, uma vez que o Estado brasileiro atua em campos onde a iniciativa provada não é deficiente.



no bojo liberalismo econômico<sup>48</sup>. Isso porque, até o final do século XVIII, a concessão relacionava-se com o conceito de privilégio. O soberano atribuía a seus apadrinhados o monopólio de diversas atividades, como, por exemplo, a concessão da comercialização de produtos com exclusividade nas colônias da América.

Já no Estado de Direito, consagram-se a livre iniciativa e a livre concorrência. A concessão abandonou, assim, seu caráter de regalia, uma vez que qualquer particular, a princípio, poderia exercer qualquer atividade. No então Estado abstencionista de Direito, o instituto tornou-se um pertinente instrumento também para a transferência a terceiros da execução de serviços públicos comerciais e industriais. A grande vantagem da concessão era a prestação de um serviço essencial à população, sem que o Estado tivesse que utilizar seus recursos financeiros, porque o concessionário executa o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco<sup>49</sup>.

Dessa forma, segundo Odete Medauar, a concessão de serviço público foi utilizada *“para delegação de serviços que exigiam grandes investimentos e pessoal técnico especializado, encargos esses que o Poder Público não poderia assumir, daí a transferência de sua execução ao setor privado”*. Especificamente no Brasil, o instituto teve importância para captação de recursos privados para implantação de ferrovias e de redes de energia elétrica nas primeiras décadas do século XX<sup>50</sup>.

Tal modelo de concessões, no entanto, teve o seu declínio juntamente com o Estado liberal, porque os imperativos do interesse geral, que se impunham com o advento do Estado social, deixaram o instituto não tão atraente aos empresários. De fato, o Poder Público não lograva êxito na manutenção de condições contratuais firmadas<sup>51</sup>.

Para atrair particulares, a Administração se via obrigada a outorgar uma ajuda financeira cada vez maior ao concessionário, estabelecendo cláusulas de garantias de juros e aplicação da teoria da imprevisão. De acordo com Jean Rivero, *“o casamento da autoridade pública com o empresário privado passou de um regime de separação de bens para um regime de comunhão. Por isso, o processo de concessão perdia, aos olhos do Poder Público, muito de seu interesse e, aos olhos dos empresários capitalistas, muito da sua sedução”*<sup>52</sup>.

Viu-se, assim, uma onda de nacionalizações, encampações dos serviços concedidos, como ocorreu com as ferrovias brasileiras. O Estado social assumiu papéis de empresário,

---

<sup>48</sup> Alguns autores identificam institutos similares em período pretérito. Marçal Justen Filho, por exemplo, encontra no século XIII as primeiras manifestações de uso e exploração de bens públicos, inclusive envolvendo hipóteses em que o interesse coletivo era envolvido. JUSTEN FILHO, 2003, p. 50.

<sup>49</sup> FURTADO, 2012, p. 559.

<sup>50</sup> MEDAUAR, 2003, p. 217.

<sup>51</sup> DI PIETRO, 2011, 51.

<sup>52</sup> RIVERO, 1971, *apud* DI PIETRO, 2011, p. 52.

investidor e de prestador de serviços a partir da criação de sociedades de economia mista incumbidas de realizar atividades até então atribuídas a concessionárias de serviços públicos. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o que atraiu o Poder Público nas sociedades de economia mista foi a potencial acumulação de grande volume de recursos que o Estado sozinho não conseguiria levantar, além da possibilidade de atuação sob o regime de direito privado.

No entanto, o conflito de interesses estatais e dos investidores dentro de tais sociedades levou à criação das empresas estatais, com o capital inteiramente público. Ademais, a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, abrangeu não apenas serviços públicos, mas também a atividade industrial e comercial de natureza privada, subsidiando a iniciativa privada quando ela fosse deficiente<sup>53</sup>.

No Brasil, ao final da década oitenta, eram raros os casos de concessões em sentido próprio. Como era de se esperar, tal modelo de gestão de serviços públicos prestado por estatais se mostrou deficitário, salvo raras exceções. Com a conjuntura econômica mundial agravada com as crises do petróleo, o Estado brasileiro encontrava-se, no início da década de 80, grande, caro, ineficiente e endividado.

Na década de 90, tornou-se claro que um novo modelo de intervenção estatal na área social e econômica se fazia necessário, a partir da ideia de substituição do modelo burocrático pelo modelo gerencial de administração. No bojo da tentativa de reforma do Estado, um novo regulamento de concessão de serviços público foi, então, criado no Brasil, definido basicamente pela Lei n. 8.987/95. Conclui Marçal Justen Filho:

O programa político de privatizações e a insuficiência de recursos públicos para custeio dos investimentos necessários à modernização dos serviços públicos produziu modificações significativas no panorama nacional. Nos últimos anos, multiplicaram-se as hipóteses de concessão de serviços público, ainda que sem perfeita consciência de suas características e do regime jurídico a ela aplicável. A evolução das circunstâncias e as inovações tecnológicas e jurídicas conduzem à defesa da existência de um Direito das Concessões renovado [...]<sup>54</sup>

De fato, além da lei geral de concessões de serviços públicos, houve a aprovação das Leis n<sup>os</sup>. 9.637/98 e 9.790/90, relativas a Organizações Sociais (OS's) e Sociedades Civis de Interesse Público (OSCIP's), que permitem a delegação de serviços públicos de cunho social a entidades privadas por meio de contratos de gestão e termos de parceria. Posteriormente,

---

<sup>53</sup> DI PIETRO, 2011, 53.

<sup>54</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 52.

projetos de infraestrutura não autossustentáveis tornaram-se objetos de novos tipos de concessões: as parcerias público-privadas, regulamentadas pela Lei n. 11.079/04. Não se pode olvidar também das legislações que tratam de concessões específicas de determinados setores, como o de telecomunicações (Lei n. 9.472/97) e de energia (Lei n. 9.427/96).

Nada indica, no entanto, que novos modelos de colaboração entre o Estado e particulares não serão criados para a satisfação de novas necessidades públicas, o que demonstra o caráter vanguardista que historicamente a concessão possui. Por fim, há de se ressaltar também que, ainda com um amplo rol de regulamentos jurídicos sobre concessões, as recorrentes dúvidas e debates envolvendo os modelos não foram supridas, sobretudo no que tange ao reequilíbrio econômico-financeiro contratual.

## **2.2 As peculiaridades dos contratos de concessão de serviços públicos**

Destina-se este tópico a analisar as especificidades do contrato de concessão. Para tanto, parte-se da rejeição ao superado debate acerca da classificação da concessão como um contrato administrativo e, de pronto, são ressaltados alguns elementos característicos da concessão presentes no conceito legal e doutrinário do instituto. Posteriormente, são elencadas algumas singularidades decorrentes de duas ideias antitéticas a serem compatibilizadas nestes ajustes: a do serviço público e a do empreendimento capitalista. Ao final, demonstra-se que a pro mutabilidade das concessões decorre de ambas as concepções e constitui a principal dificuldade para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pactuado.

Inicialmente, é importante destacar que, devido às diversas especificidades, não há total unanimidade na doutrina sobre a natureza contratual da concessão de serviço público<sup>55</sup>. No entanto, indubitavelmente, trata-se de um contrato administrativo, tão somente com particularidades típicas do regime de Direito Público ao qual está submetido.

Marcello Caetano, inclusive, tem a concessão de serviços como um típico objeto do verdadeiro contrato administrativo:

---

<sup>55</sup> Resumidamente, três teorias sobre a natureza jurídica da concessão podem ser descritas. A primeira concepção é a unilateral, porque somente o Estado estabelecerá as condições da outorga e ao concessionário caberá aceitar tais condições. Já a teoria contratualista reconhece a concessão como um acordo, no entanto, tal teoria não é uniforme, porque abrange aqueles que entendem como uma a categoria dos contratos administrativos e aqueles estabelecem diversas espécies. Por fim, a terceira vertente abrange teorias mistas, que sustentam que a outorga de concessão apresenta natureza contratual, limitada a certos aspectos e natureza de ato unilateral em relação a determinadas cláusulas. JUSTEN FILHO, 2003, p. 156.

Tal associação dá carácter ao contrato porque, em consequência dela, a realização de interesses públicos dominantes passa a estar dependente da fidelidade e regularidade das prestações do contraente particular.

E efectivamente no Direito positivo de quase todos os Países só são qualificados como administrativos contratos celebrados por prazos largos, ou envolvendo prestações de execução demorada, nunca esses acordos de realização instantânea como a compra de mercadorias ao balcão ou o serviço prestado de uma só vez.

Contratos administrativos são os de concessão de serviço público ou de execução de obras públicas, os de empreitada, os de fornecimento contínuo, os de prestação de serviço como empregado ou funcionário estável...

Em todos estes casos se verifica a característica mencionada, de associação duradoura de um particular, indivíduo ou empresa, à realização de fins de interesse público a cargo da entidade administrativa contratante.<sup>56</sup>

No mesmo sentido é o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que negava, de modo geral, a própria ideia de contrato administrativo, com exceção à matéria de concessão, porque identificava, somente nela, o acordo sobre a equação económico-financeira da concessão, inalterável pelas partes<sup>57</sup>.

Desta forma, a discussão não merece maiores delongas. A própria Constituição Federal, em seu art. 175, parágrafo único, deixa claro que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, bem como sobre o carácter especial de seu contrato. Ademais, a Lei n. 8.987/95 estabeleceu, em seu art. 4º, que a concessão deverá ser formalizada mediante contrato e não parece haver muita relevância na discussão sobre essa temática:

A disputa sobre a natureza contratual ou não dos contratos administrativos em geral e da concessão em especial é uma falsa questão. Ninguém pretende defender a aplicação às relações jurídicas de que participa a Administração Pública do mesmo regime previsto para as contratações privadas. Nem se poderia negar a diferença entre concessão e os demais atos administrativos unilaterais. A concessão apresenta pontos de identidade com contratos e com atos administrativos unilaterais, sem que isso importe integração em uma única categoria. Nem conduz à necessidade de reconhecer a configuração de uma pluralidade de atos jurídicos, cada qual com natureza jurídica diversa.

O que se deve ter em vista é que a própria CF/88 reconheceu, no referido art. 175, a natureza contratual anômala da concessão, e é inquestionável que a concessão apresenta peculiaridades próprias e inconfundíveis. Portanto, mais relevante do que discutir a natureza contratual ou não contratual da concessão é determinar o regime jurídico a ela aplicável [...]<sup>58</sup>

Isso significa que a mais comum classificação como contrato administrativo não implica necessariamente a aplicação de regras jurídicas idênticas aos demais contratos de que participa o Poder Público. Diferentes espécies de acordos administrativos existem justamente

<sup>56</sup> CAETANO, 2003, 182.

<sup>57</sup> BANDEIRA DE MELLO *apud*. MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 280.

<sup>58</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 159.

por serem aplicáveis distintos regimes jurídicos, compatíveis com as peculiaridades de cada avença.

Superada a questão, Di Pietro conceitua concessão de serviço público como “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”<sup>59</sup>. O art. 2º, inciso II da Lei n. 8.987/95 ainda determina outras especificidades do instituto: a necessária licitação prévia à contratação, na modalidade concorrência, e a não aceitação pessoas físicas como concessionários.

Logo se verifica que se trata de um contrato de colaboração para o desempenho de um serviço público por um particular. Para que isso seja possível, o Poder Público transfere poderes funcionais administrativos, indispensáveis à satisfação de necessidades coletivas, ao concessionário. É que o lucro é o foco do contratado, no entanto, seu dever imediato é o da prestação de serviço público adequado aos usuários.

Percebe-se, assim, uma comunhão de interesses entre a Administração e o concessionário. O sucesso do contratado não interessa apenas a ele próprio, mas também ao interesse público, traduzido em elevação da qualidade do serviço prestado e possibilidade de redução das tarifas. Por ser a atividade do particular de interesse coletivo, a ela são aplicados diversos princípios administrativos vinculantes. É que, apesar de não ser suprimida a dimensão privada da atuação do concessionário, ela é matizada pela natureza pública dos serviços prestados.

Uma vez que sucesso das partes contratantes é elemento essencial para a prestação de um serviço público adequado ao cidadão, Di Pietro aduz que duas ideias antitéticas devem ser compatibilizadas: a do serviço público, voltado ao interesse geral e sob a autoridade da Administração, e a da empresa capitalista, que possui a legítima intenção de buscar o máximo lucro possível<sup>60</sup>. Disso decorrem outras peculiaridades deste contrato.

Por ter como objeto a prestação de um serviço público, os contratos de concessão: possuem conotação altamente regulamentar; são pautados pelo conceito jurídico indeterminado de serviço público adequado; preveem prerrogativas públicas ao concessionário; sujeitam o contratado a princípios inerentes a execução de serviços públicos; reconhece poderes extraordinários ao concedente; autoriza a reversão de bens do concessionário ao Poder Público no término da concessão; acarreta responsabilidade civil,

---

<sup>59</sup> DI PIETRO, 2011, p. 75.

<sup>60</sup> DI PIETRO, 2011, p. 76-77.

segundo normas de direito público; e protege o interesse dos usuários a pagar uma tarifa que obedeça ao princípio da modicidade.

Uma outra importante peculiaridade da concessão, por ela ter como objeto a prestação de um serviço público, é sua mutabilidade. De acordo com Caio Tácito, tal característica resta consubstanciada na posição de supremacia da Administração Pública, quanto à faculdade de inovar unilateralmente as normas de serviço, adaptando-as às novas necessidades de conveniências públicas<sup>61</sup>.

É que, por se tratar de um instituto vinculado diretamente ao atendimento de necessidades coletivas essenciais, a atividade desenvolvida pelo concessionário permanentemente deve ser moldada para a melhor satisfação do interesse geral. As exigências de desempenho da atividade objeto de concessão são modificadas a partir da própria transformação no conceito circunstancial de serviço público apropriado.

Novamente, segundo Marcello Caetano:

O interesse público é, em relação à Administração, uma ideia transcendente, que não depende dela, pelo contrário, exerce sobre ela o seu império. Desde que a colectividade exija, por virtude de transformações económicas, técnicas morais ou simplesmente políticas, que os serviços administrativos tomem outro rumo, o carácter instrumental destes, como meios diretos ou indiretos de satisfação das necessidades colectivas impõe a adaptação.<sup>62</sup>

Por outro lado, da ideia de que o particular é um investidor, decorrem importantes elementos diferenciadores da concessão: a possibilidade de aplicação de mecanismos privados de resolução de conflitos, o longo prazo de vigência contratual e, novamente, a mutabilidade.

Para facilitar a composição célere dos interesses envolvidos, a Lei n. 11.196/05 acrescentou o art. 23-A à Lei n. 8.987/93, dispondo sobre a possibilidade da utilização de instrumentos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem. O entendimento majoritário da jurisprudência consagra a ação do juízo arbitral em tais casos<sup>63</sup>, no entanto, o Tribunal de Contas da União considera ilegal a previsão da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos em contratos administrativos ordinários, visto a indisponibilidade do interesse público<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> TÁCITO, 1975, p. 205. A diferenciação entre normas de serviço e financeiras será vista adiante.

<sup>62</sup> CAETANO, 2003, p. 183.

<sup>63</sup> Vide STF, SE 5.206, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 30.04.2004; AI 52.191, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 68/382 ("Caso Lage"); STJ, Resp 450.881, Rel. Min. Castro Filho, DJ 26.05.2003 e AgRg no Ms 11.308, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14. 08. 2006.

<sup>64</sup> TCU, Acórdão 537/06, DOU 17.03.2006.

No que tange ao longo prazo contratual, não se aplica o disposto no art. 57 da Lei 8.666/93<sup>65</sup> justamente para que seja possível o retorno do alto investimento dispendido. Como já exposto, desde o Estado Liberal, o Poder Público recorre aos contratos de concessão justamente por não possuir capital suficiente para a realização de vultuosos gastos em áreas estratégicas. Desta forma, é incumbido ao particular realizar as aplicações financeiras e cabe ao usuário do serviço público remunerar o concessionário. Em vista do princípio da modicidade tarifária, é natural que os altos investimentos só retornem a partir do pagamento de tarifas razoáveis pelos usuários ao longo de vários anos<sup>66</sup>.

Por fim, há de se ressaltar que também do fato de o concessionário ser um investidor, decorre a mutabilidade contratual. Na medida em que um empreendimento é o objeto contratual, a Administração estabelece metas e o particular escolhe os meios para cumpri-las. É direito do empresário, sob seu risco, extrair a maior lucratividade possível, através de sua estratégia de mercado. É natural, portanto, que os contratos sejam modificados de acordo com as escolhas acerca das condições de execução, que são incumbidas ao próprio concessionário.

Conclui-se, assim, que a mutabilidade dos contratos de concessão decorre autonomamente das duas ideias antitéticas a serem compatibilizadas: a do serviço público, que tem seu conceito variável, e da empresa capitalista, que adota diferentes estratégias de mercado. Este é, portanto, o traço mais marcante de tais acordos, destacado, sobretudo, quanto maior for o prazo de vigência pactuado. Tal peculiaridade é o principal empecilho para a manutenção da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro contratual<sup>67</sup>.

### 2.3 O sucesso de uma concessão

Neste ponto, será defendido que a concessão somente atinge os seus propósitos se for mantida a equação contratual estabelecida. Para tanto, é essencial a redução dos diferentes riscos contratuais, inerentes ao caráter mutável do acordo, bem como distribuí-los de maneira adequada.

---

<sup>65</sup> Art. 57 da Lei n. 8.666/93: “a duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários [...]”.

<sup>66</sup> Marcello Caetano trata de uma corrente doutrinária americana contrária ao prazo de vigência contratual sobre concessões. Para esta corrente, a fixação de prazo nas concessões oferece inconvenientes graves, como o risco de crises de transição periódicas; preterição das conveniências da atualização oportuna do serviço, subordinando-as aos interesses dos concessionários; desleixo, nos últimos anos do contrato, na conservação e no aperfeiçoamento dos instrumentos de execução do serviço público, destinados a passar gratuitamente para o concedente; adoção de tarifas muito mais elevadas, já que as receitas teriam que permitir a amortização do capital no prazo da concessão. CAETANO, 1978, p. 1118.

<sup>67</sup> Art. 2º, inciso II da Lei n. 8.987/95.

O principal parâmetro que define o sucesso de uma concessão de serviços públicos é a manutenção da compatibilidade entre os encargos do concessionário e sua remuneração pelas tarifas recebidas. Para tanto, em primeiro lugar, deve-se identificar a referência para o estabelecimento do ponto de equilíbrio contratual. De acordo com o art. 10 da Lei 8.997/95, tal parâmetro deve ser as condições pactuadas no momento da celebração do contrato.

Em respeito ao princípio da vinculação da contratação ao instrumento convocatório, o edital assume demasiada importância, uma vez que é ele que dita as condições contratuais, que pautam, por sua vez, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Pode-se inferir, assim, que, verdadeiramente, o sucesso da parceria depende da boa elaboração do instrumento convocatório.

Devido a tal importância, o art. 18 da Lei 8.987/95 estabelece uma série de conteúdos mínimos que devem estar presente nos editais, os quais se destacam: o objeto, metas e prazo contratuais; a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias; os direitos e obrigações das partes em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro; os critérios de reajuste e revisão da tarifa; os indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro das propostas.

Tudo isso serve para a atenuação dos riscos do empreendimento. De fato, um edital bem elaborado é a peça chave para redução dos riscos técnicos (de desenho e de execução) e os de exploração (operacionais e financeiros) da concessão de serviços públicos<sup>68</sup>.

Em primeiro lugar, de acordo com Lucas Rocha Furtado, os riscos técnicos de desenho do modelo de concessão são reduzidos pela elaboração de um projeto com ampla participação da sociedade civil. Tal colaboração deve, na verdade, ser a regra no Estado cooperativo. Prazos razoáveis para realização de estudos e análise dos editais da licitação, bem como para a formulação de impugnações ao instrumento convocatório, acarretam maiores chances de identificação e atenuação dos riscos causados pelo *design* ruim do empreendimento.

Além disso, os riscos técnicos de execução da concessão são diminuídos pela elaboração de um projeto básico e executivo, expostos no edital, que definam estratégias eficientes para a implantação da concessão, como as relativas a expropriações, licenças ambientais, previsão de soluções nos casos de força maior.

Por outro lado, o edital bem elaborado é fundamental também para a redução dos riscos de exploração do serviço concedido, que abrange riscos operacionais e financeiros. Os riscos de exploração operacionais podem ser suprimidos pela definição de como será feita a

---

<sup>68</sup> FURTADO, 2010, p. 584-585.



Administração e a gestão da concessão, além da forma como ocorrerão medições, contagens e o tratamento a usuários inadimplentes;

Por sua vez, os riscos de exploração financeiros podem ser atenuados pela a compatibilidade das tarifas máximas autorizadas no edital com a capacidade de pagamento pelos usuários, bem como com a necessidade de remuneração do concessionário. Também são importantes, para tanto, as escolhas acerca do financiamento da concessão<sup>69</sup>, taxa de juros e incentivos ao particular<sup>70</sup>.

Outro aspecto relevante para o êxito do empreendimento, que pode ser previsto no instrumento convocatório, é a garantia estatal ao concessionário relativa a um lucro mínimo, traduzido em uma taxa interna de retorno do investimento (TIR). Entende-se que a previsão de garantias ao contratado não é incompatível com a ideia de desenvolvimento da concessão por conta e risco do concessionário, tal como determina o art. da Lei n. 8.987/95. De fato, possivelmente este é o único instrumento a tornar possível a atração de vultuosos investimentos em áreas de risco, porém estratégicas para o desenvolvimento nacional<sup>71</sup>.

Lucas Rocha Furtado ainda enumera outros modos de redução de riscos específicos de outras formas que não dependem do edital<sup>72</sup>. De acordo com o professor, riscos jurídicos podem ser diminuídos, principalmente, por leis e regulamentos claros, que assegurem o direito de propriedade e respeito aos contratos. Também é importante a existência de mecanismos céleres de resolução de conflitos e uma postura não intervencionista do Poder Judiciário e do Ministério Público, em respeito à discricionariedade administrativa<sup>73</sup>.

Já os riscos políticos à concessão, segundo o autor, são restringidos pela independência dos órgãos reguladores, estabilidade democrática, aceitação popular da necessidade de pagamento de tarifas para utilização dos serviços concedidos e não discriminação quanto a investidores estrangeiros.

---

<sup>69</sup> De modo geral, são duas formas principais de financiamento das concessões: o *project finance* e o *corporate finance*. Segundo Finnerty, citado por Floriano Marques Neto, o primeiro é o mais utilizado para contratos de concessão, uma vez que se trata da captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável (*special purpose company*), no qual os provedores de recursos vêm o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender aos serviços de seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no empreendimento (FINNERTY *apud* MARQUES NETO, 2002, p. 259-260). Difere-se, assim, do *corporate finance*, de acordo com o qual o financiamento é feito em favor de uma empresa.

<sup>70</sup> De acordo com Arnoldo Wald, “no tocante aos incentivos, cabe lembrar que a França tem concedido financiamentos subsidiados às concessionárias, e os Estados Unidos atribuem uma isenção fiscal aos bonds vinculados a projetos de concessão realizados na área da infraestrutura. Há, assim, a necessidade de redirecionar parte da poupança privada para a exploração dos serviços públicos, como acontece em todos os países mediante a criação de mecanismos adequados para este fim, que inclusive podem abranger tanto os Fundos Imobiliários, quando as venture-capital, que estão sendo objeto de regulamento pelo Poder Público”, WALD, 2004, p. 99.

<sup>71</sup> . Tal mecanismo foi, inclusive, declarado legítimo pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Vide TCU, Acórdão 2.104, DOU 10.08.2011.

<sup>72</sup> FURTADO, 20120, p. 584-585.

<sup>73</sup> Neste sentido, pode ser adequado o uso de mecanismos privados de resolução de conflitos, como é previsto na Lei n. 8.987/95.

Por fim, riscos econômicos à exploração da concessão são limitados pela estabilidade política macroeconômica, baixa taxa de risco país e política fiscal e cambiária adequadas<sup>74</sup>.

Conclui-se, dessa forma, que a distribuição de riscos entre os agentes envolvidos é ponto central para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e, assim, tornar a concessão uma parceria bem-sucedida. Cada projeto deverá necessariamente identificar, em seu edital, os riscos potenciais do empreendimento e definir medidas para atenuá-los e repará-los.

## **2.4 O equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviços públicos**

No último item do capítulo 2, definir-se-á o que é e como se dá o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviços públicos. Para isso, serão diferenciadas as cláusulas contratuais regulamentares das econômicas. Será defendido que, mesmo estas últimas não são absolutamente imutáveis, em vista, por exemplo, da possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública. Ao final, a conclusão desta análise será a de que a manutenção da equação pactuada é, sobretudo, complicada em contratos de concessão, pela mutabilidade de tais acordos (já descrita no item 2.2), pelo fato de o equilíbrio não necessariamente ser definido após a licitação e pelo contexto econômico-institucional brasileiro relativamente instável e imprevisível a longo prazo.

Primeiramente, Caio Tácito apresenta um histórico constitucional brasileiro acerca do equilíbrio financeiro das concessões de serviço público<sup>75</sup>. Segundo o autor, a Constituição de 1934, em seu art. 137, foi a primeira a estabelecer o critério da justa retribuição do capital como fundamento para o atendimento das necessidades públicas de expansão e melhoramento dos serviços concedidos. Na Carta de 1937, em seu art. 147, a essência da disposição é mantida no dever de revisão das tarifas. Preceito semelhante foi estabelecido na Constituição de 1946, em seu art. 151, e alcançou plenitude na Constituição de 1967 e na reforma de 1969, porque definiram, como finalidade das tarifas, ao lado da justa remuneração do capital, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

---

<sup>74</sup> Tratar-se-á adiante dos riscos econômicos a concessões, causados pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela forma com a qual isto influencia a execução de contratos de concessão.

<sup>75</sup> TÁCITO, 1996, p. 407.

Por fim, a Constituição atual, no art. 175, conserva o caráter especial dos contratos de concessão, destacando, como de sua essência, além dos direitos dos usuários, a adoção de política tarifária previamente estabelecida e compatível com a prestação de serviço adequado. Atendendo o mandamento constitucional, o art. 10 da Lei n. 8.987/95 dispõe que o equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão é mantido sempre que forem atendidas as condições do contrato, como já exposto.

Segundo Di Pietro, tal harmonia é um direito evidente do concessionário, ainda que tal prerrogativa não estivesse prevista na Constituição, na lei ou no contrato, porque existem princípios administrativos que devem ser considerados:

[...] a teoria do equilíbrio econômico baseia-se em princípios maiores, que independem de previsão no direito positivo:

- a. O princípio da equidade, que impede que uma das partes experimente locupletamento ilícito em detrimento da outra;
- b. O princípio da razoabilidade, que exige proporção entre o custo e o benefício;
- c. O princípio da continuidade do contrato administrativo, que determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato;
- d. O princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da Administração, a esta incumbe assegurar sua continuidade, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato<sup>76</sup>.

De fato, tal equilíbrio garante a própria continuidade da concessão, uma vez que sua inobservância pode tornar as obrigações assumidas pelas partes contratantes inexecutáveis.

Segundo Caio Tácito:

Em matéria de serviços públicos, mesmo quando explorados por empresas estatais, não há sucedâneo para o equilíbrio econômico-financeiro dos empreendimentos. O preço da perda de rentabilidade, pela insuficiência tarifária ou ausência de outra forma compensatória (como, por exemplo, subsídios ou auxílios), é a deterioração qualitativa do serviço, expressa na sobrecarga das instalações, na paralisação do crescimento, na perda de avanço tecnológico e até mesmo nas interrupções de fornecimento.<sup>77</sup>

Tendo isso claro, resta saber a que se refere propriamente o equilíbrio contratual nas concessões. Como explica Arnaldo Wald, a Constituição Federal assegura ao concessionário, além da equação econômica do contrato, ou seja, a manutenção de sua rentabilidade, a equação financeira, isto é, o fluxo de caixa inicialmente previsto, o que exclui qualquer medida que possa, de um modo ou outro, afetar o cronograma das entradas de recursos<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> DI PIETRO, 2011, p. 98.

<sup>77</sup> TÁCITO, 1997, 761.

<sup>78</sup> WALD *apud* SANTOS, 2002, p. 135.

Assim, a exploração do serviço concedido possibilita também obter vantagens econômicas decorrentes de fontes outras que não a tarifa. Por isso é razoável que tais vantagens sejam consideradas na fórmula que define o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Integram a dita equação as fontes de receita<sup>79</sup>:

- i. Alternativa, que substitui a decorrente do recebimento, pela concessionária, do preço público;
- ii. Complementar, que ocorre quando a tarifa não é suficiente para remunerar o investimento da concessionária;
- iii. Acessória, que, embora tenha a mesma finalidade das duas anteriores, distingue-se pelo fato de não ser estranha à atividade objeto da concessão.

Agora, para entender adequadamente como o equilíbrio deve mantido, faz-se necessário distinguir dois tipos de normas existentes nos contratos de concessão: as relativas ao serviço a ser executado e as relativas à remuneração a ser auferida pelo concessionário contratado.

Primeiramente, são chamadas normas regulamentares aquelas que indicam quais são os elementos identificadores da tarefa a ser realizada pelo concessionário. Nelas o Poder Público estabelece todos os requisitos que considera relevantes à satisfatória prestação do serviço concedido. Abrangem, por exemplo, materiais a serem empregados, condições de segurança, abrangência, frequência e relações com os usuários<sup>80</sup>. Por estarem diretamente relacionadas à satisfação do interesse público, a princípio, podem ser modificadas por parte do poder concedente, de acordo com um juízo de mérito.

Já as normas relativas à remuneração do concessionário são chamadas cláusulas econômicas que ditam a conformação econômico-financeira ao contrato e dizem respeito a, por exemplo, juros, amortização do capital, reversão de bens, com ou sem indenização, valor relativo dos lucros do concessionário e multas pecuniárias, como bem explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>81</sup>. A partir de tais cláusulas, o concessionário traça seu planejamento empresarial, essencial para a continuidade e adequação do serviço público. Por isso, recebem especial proteção doutrinária e jurisprudencial:

No que concerne às cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que estabelecem a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, estas são inalteráveis, unilateralmente, pelo Poder Público sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente

---

<sup>79</sup> SANTOS, 2002, p. 131.

<sup>80</sup> SANTOS, 2002, p. 140.

<sup>81</sup> MOREIRA NETO, 1992, p. 327.

ajustado entre as partes. [...] Ademais, o indeferimento de reajuste anual sobre as tarifas básicas de pedágio a partir da zero hora do dia 1º de janeiro de 2012, conforme o contrato de concessão inicialmente pactuado com o Estado do Rio Grande do Sul, poderá comprometer a remuneração do serviço por meio da tarifa e, via de consequência, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.<sup>82</sup>

No entanto, a intangibilidade das cláusulas econômicas não deve ser vista de maneira absoluta. Por um lado, a Lei n. 8.666/93, em seu art. 58, parágrafo primeiro, determina que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado<sup>83</sup>. Por outro lado, o art. 9º, parágrafo quarto, da Lei n. 8.987/95 prevê que, havendo modificação unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Desta forma, concluiu o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Américo Luz, relator do Recurso em mandado de segurança 582/SP: *“É lícito ao poder concedente alterar, unilateralmente, as cláusulas objetivas do serviço, e, até, agravar os encargos ou as obrigações do concessionário, desde que reajuste remuneração estipulada, evitando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”*<sup>84</sup>.

No mesmo sentido, defende Carlos Ari Sunfeld que a modificação unilateral a ser promovida pela Administração para adequar o contrato ao interesse público exige uma interpretação não literal sobre o disposto no parágrafo primeiro do art. 58 da Lei geral de licitações<sup>85</sup>. De fato, o ordenamento jurídico constitucional protege o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não exatamente a específica equação avençada.

Como exposto, o Estado, por continuar sendo o titular do serviço concedido<sup>86</sup>, deve pautar a execução do contrato de acordo com a adequação da prestação, constituindo, assim, uma relação dinâmica de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, a vinculação da alteração das cláusulas econômico financeiras do contrato à prévia concordância do contratado é relativa tão somente à proporcionalidade econômico-financeira estabelecida, o que não constitui propriamente uma vedação a qualquer alteração do contrato que vise assegurar o interesse público.

<sup>82</sup> STJ, SLS 1521, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 27.02.2012.

<sup>83</sup> Art. 58, parágrafo primeiro da Lei n. 8.666/93: *“As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado”*.

<sup>84</sup> RMS 582/SP, Rel. Min. Américo Luz, DJ. 11.11.1991.

<sup>85</sup> SUNDFELD, 1994, p. 241.

<sup>86</sup> Posição adotada por Carvalho Filho (2012, p.345) e Di Pietro, segundo a qual: *“A Constituição indicou, com precisão, a forma pela qual admite a descentralização, precisamente porque os institutos escolhidos (concessão e permissão) não retiram do poder público a titularidade do serviço e permitem um controle maior sobre o ente descentralizado e a imediata retomada do serviço público quando sua execução pelo particular se revelar contrária ao interesse público”*. DI PIETRO, 2010, 412-413. Cabe ressaltar que o entendimento não é pacífico na doutrina.

É que, segundo Caio Tácito:

O equilíbrio econômico-financeiro, ou, conforme a terminologia consagra, o princípio da equação financeira dos contratos tem a função **dinâmica** de garantir, mediante o justo regime de tarifas razoáveis, a continuidade e melhoria do serviço concedido. É, ao mesmo tempo, a preservação do interesse de ambas as partes – investidor e usuário – na segurança da qualidade e expansão do serviço concedido. A deterioração do capital remunerada é um processo indireto de confisco da propriedade, e a insuficiência tarifária representa a omissão do concedente em possibilitar a regularidade no funcionamento do serviço público.<sup>87</sup> (sem destaque no original)

Assim, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão é tarefa extremamente complexa, sobretudo, por tais contratos mutáveis vigerem por longo prazo, envolverem altos investimentos e serem remunerados a partir de tarifas pagas pelos usuários, pautadas pelo princípio da modicidade.

Ademais, diferentemente dos demais contratos administrativos, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão não necessariamente será definido no momento de apresentação de propostas, já que podem ser utilizados mecanismos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro que envolvem rescisões ordinárias e extraordinárias<sup>88</sup>.

Ocorre que, se a intangibilidade da equação contratual econômico-financeira já é, por si só, uma tarefa complicada, esta temática se reveste de enormes desafios no contexto econômico-institucional brasileiro, demasiado volátil e inseguro, pautado por riscos jurídicos e políticos. O Brasil é um país que possui recente e relativa estabilidade econômica, entraves burocráticos inibidores de investimentos, um Poder Judiciário pouco eficiente e um Poder Executivo economicamente intervencionista. J. Luis Guasch afirma:

*Despite the technical and economic improvements often provided by concessionaires, many have trouble ensuring that governments honor the terms of concession contracts. Changes in the rules of the game induce uncertainty and create risk, discouraging potential bidders and sometimes leading winning bidders to abandon concessions.*

*[...] Some analysts argue that Brazilian law provides strong protection for concessionaires through the financial-economic equilibrium of the contract. In*

<sup>87</sup> TÁCITO, 1996, p. 406-413.

<sup>88</sup> Como exemplo, Lucas Rocha Furtado cita o método RPI-X, aplicado nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica: “De acordo com esse modelo, durante determinado período de tempo estipulado no contrato, aplica-se às tarifas apenas um fator de reajuste anual (IGP-M), calculado pela FGV, com o fim de anular efeitos da inflação. Em seguida, deve ser calculado o fator X a fim de verificar a eficiência dos custos operacionais e a prudência dos investimentos realizados pelas concessionárias, tendo ainda como parâmetro a ocorrência de fatores macroeconômicos, fato que poderá afetar negativa ou positivamente o fator de reajuste anual, vale dizer o IGP-M, e que objetiva compartilhar com o usuário ganhos de produtividade do que deveriam ter sido obtidos pela concessionária. De acordo com esse novo modelo, o parâmetro de equilíbrio é contínuo no tempo e depende de uma situação de utilização ideal dos custos operacionais da concessionária hipotética tida como “empresa de referência”. Cria-se ao que se há de sistema de benchmarks, que objetiva reduzir o valor da tarifa. Verifica-se, aqui uma infinidade de fatores complicadores para a definição desses nossos índices de reajuste”. FURTADO, 2010, p. 397-398.

*principle, this assessment may be true, but in reality the interpretation of this concept is so open to dispute that much more time may be required to resolve legal issues that many concessionaires can manage.  
[...] The consequences of the delays in settling legal disputes between concessionaires and governments are classic examples of the aphorism the justice delayed is justice denied.*<sup>89</sup>

O uso frequente, pela doutrina e jurisprudência, de expressões jurídicas indeterminadas como “lucro justo”, “modicidade tarifária” e “risco do investimento” para determinar o equilíbrio dos contratos certamente colabora com a enorme insegurança jurídica que assola tais contratos<sup>90</sup>:

**PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO. PRIMEIRO ESTÁGIO DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE INFRAESTRUTURA FERROVIÁRIA.**

[...] 8. no modelo de concessão de exploração de infraestrutura concebido, a aquisição, por um operador central, de toda a capacidade operacional da nova ferrovia visa a assegurar a obtenção do menor custo possível de ser obtido no mercado, tendo em vista a modicidade tarifária; 9. o modelo proposto é voltado à obtenção das menores tarifas de transporte comportadas pelo mercado, visando ao barateamento do custo de transporte das mercadorias, reduzindo o custo Brasil e atendendo aos interesses de toda a sociedade.<sup>91</sup>

Em face de toda essa comprovada complexidade relativa ao equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviço público, cumpre estudar os instrumentos jurídicos existentes para recomposição da equação contratual, bem como identificar as situações em que ela é cabível. Segundo Ives Gandra Martins, em relação a tais aspectos, “*não pode o Poder Judiciário deixar de examiná-los [...]. Entendo que são, rigorosamente, legais tais questões, por exteriorizarem princípios jurídicos a serem aplicados a elementos econômico-financeiros*”<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> GAUSCH, 2013, p. 60-61.

<sup>90</sup> É pertinente, assim, a crítica de Lucas Rocha Furtado, para quem “*o que mais se tem visto é a defesa irracional da ideia de que as concessões de serviços públicos não devem nem podem proporcionar ganhos aos investidores, ou que esses ganhos devem ser restringidos, mesmo a custa de interpretações inovadoras de cláusulas contratuais. O resultado dessa postura tem sido a evidente retração dos investidores [...]*”. FURTADO, 565, 2010.

<sup>91</sup> TCU, Acórdão 1659/2014, DOU 25.06.2014.

<sup>92</sup> MARTINS, 2001, p. 1166.

## **CAPÍTULO 3: INSTRUMENTOS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

O capítulo 3 tem como propósito, primeiramente, analisar o reajuste e a revisão das tarifas em concessões de serviços públicos, bem como o dever do Judiciário em intervir, quando necessário e quando provocado, nestas recomposições contratuais. Será utilizada a teoria das áleas para a identificação das situações em que é cabível a readequação tarifária, bem como a forma como esta deve se dar. A partir de tal modelo, aprofundar-se-á na teoria do fato do príncipe, objeto central desta monografia, aplicada a contratos de concessão. Por fim, serão estabelecidos requisitos para o deferimento da recomposição contratual ou indenização do concessionário por tais atos lesivos do Poder Público.

### **3.1 Recomposição do equilíbrio: o reajuste e a revisão dos contratos**

O primeiro tópico do capítulo 3 é destinado à abordagem sobre os dois principais instrumentos de reequilíbrio de contratos de concessão: o reajuste e a revisão das tarifas. Primeiramente, tratar-se-á da gênese francesa do dever constitucional de manutenção do equilíbrio em tais acordos. Posteriormente, será defendida a forma de recomposição tarifária como o gênero mais adequado para tanto. Serão, então, distinguidos a revisão do reajuste contratual. Por fim, será ressaltado o caráter não discricionário da Administração em recompor a remuneração do concessionário, como demonstra a jurisprudência norte-americana.

Primeiramente, como já exposto, a Constituição Federal, em seu art. 175, impôs a obrigação da manutenção, nas concessões, da política tarifária e da prestação do serviço público adequado, que só é possível com a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por essa razão, não só as leis de licitação, como as de concessão estabelecem dever de recomposição sempre que fatores externos ao contrato desequilibrem-no.

A referida incumbência nasceu em um julgamento do Conselho de Estado Francês, em 11 de março de 1910, no interesse da *Cie. Française des Trammways*, segundo Arnoldo



Wald<sup>93</sup>. Neste julgamento, Léon Blum, como comissário do governo, exercendo uma função de Ministério Público, defendeu a ideia de que deveria ser mantida entre as partes contratantes uma equivalência correta entre o que se oferece e o que se pede. Este cálculo de equivalência é essencial no contrato administrativo de tal modo que, na hipótese de estabelecimento de maiores encargos, qualquer que seja o motivo dos mesmos, deve ser garantido ao onerado o direito a uma indenização.

Extrai-se o seguinte trecho do acórdão:

É da essência mesma do contrato de concessão buscar e realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que se concedem ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas. As vantagens e as obrigações devem compensar-se para formar a contrapartida entre benefícios prováveis e as perdas previsíveis. Em todo contrato de concessão está implícito, como um cálculo, a honesta equivalência entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige. É o que se chama equivalência comercial, a equação financeira do contrato de concessão.<sup>94</sup>

A partir deste caso, foram sendo desenvolvidas várias teorias, a serem apresentadas posteriormente, sobre a mutabilidade e a recomposição do equilíbrio contratual administrativo. Buscou-se conciliar o caráter de empreendimento da concessão com a ideia de prestação de um serviço público adequado.

A lei brasileira, no entanto, não impõe alternativa única a ser seguida para recomposição da equação econômico-financeira e não parece ser absolutamente discricionária a escolha do Poder concedente sobre a determinação do meio para tanto.

Para que seja recomposto o contrato, segundo Marçal Justen Filho, utiliza-se, geralmente, a ampliação da remuneração do particular, mas esta não é a única forma reequilibrante. A dilação do prazo de vigência do acordo também pode ser pertinente para tal fim. No entanto, ressalta Floriano de Azevedo Marques Neto:

A prorrogação do prazo não constitui modalidade adequada no caso, por que se estará compensando a concessionária por uma perda de receita presente com uma vantagem futura. Se tal alternativa pode se mostrar adequada do ponto de vista econômico (ao final do prazo total de concessão o retorno pode ser em termos absolutos o mesmo que a expectativa inicial), não resolve o problema financeiro, pois permanecerá o déficit de caixa da concessionária. Afetada permanecerá a financiabilidade do projeto.<sup>95</sup>

Ademais, tal medida impede que outros particulares tenham a oportunidade de se tornarem concessionários, mesmo com a possível apresentação de melhores propostas ao

---

<sup>93</sup> WALD, 2004, p. 77-78.

<sup>94</sup> DI PIETRO, 2011, p. 97.

<sup>95</sup> MARQUES NETO, 2002, p. 269.

Poder Público. Por esses motivos, os instrumentos mais usuais relacionados com a recomposição da equação consistem, de fato, na alteração de tarifas pela revisão de preços ou pelo reajuste contratual<sup>96</sup>.

Segundo Justen Filho, o reajuste contratual é instituto que se originou no Direito comparado, mas que recebeu prestígio enorme no âmbito nacional, com aplicação generalizada muito antes das Leis n. 8.666/93 e 8.987/95<sup>97</sup>. Consiste numa modalidade de indexação dos preços contratuais com base em índices predeterminados. A variação dos indicadores produz uma espécie de presunção de ofensa ao equilíbrio econômico-financeiro e acarreta a alteração dos valores contratuais proporcional à alteração dos índices.

Já a revisão de preços é uma revisão ampla e minuciosa da situação do acordo. Em outras palavras:

Abrange, várias etapas, a primeira consiste na verificação de todos os custos originalmente previstos pelo contratado para formulação de sua proposta. A segunda etapa dirige-se a verificação dos custos que efetivamente oneram o sujeito. O terceiro passo está na comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível apto a produzir o desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes.

Vê-se, portanto, que a recomposição de preços é figura complexa e demorada, inclusive pela dificuldade de determinar como se formou a proposta do particular. Há também um complicador relacionado com a produção da prova do evento imprevisível, o que torna a necessidade de reequilíbrio pouco desejável para ambas as partes. Mesmo assim, o Judiciário não pode se furtar em tratar da matéria.

Como dito no final do capítulo anterior, Ives Gandra Martins tem o entendimento de que o Judiciário possui um dever de, quando provocado, analisar a aplicabilidade dos métodos de recomposição, especificamente, os tarifários, por serem os mais utilizados. Caio Tácito tem posição semelhante, com base no Direito americano:

Finalmente, em 1944, com o *Hope case*, a Corte define o grau de sua interferência sobre os atos das Comissões, em matérias de tarifas, em função do resultado objetivamente consumado, tendo-se em vista o conceito legal de tarifas justas e razoáveis. Em princípio, a competência administrativa é livre e não se subordina a standards judiciais. Douglas, como relator do feito, proclama que não é a teoria, mas o impacto da norma tarifária que importa. [...]

Não pode o tratado exigir a permanência de serviço que, de modo contínuo, seja operado com prejuízo (*operation at a loss*).

A jurisprudência da Suprema Corte, em mais de um caso, confirmou esse princípio, como, por exemplo, em *Railroad Commission v. Eastern Texas Railroad* (264 U.S.

---

<sup>96</sup> Cabe ressaltar que o entendimento da recomposição contratual como gênero, que abrange o reajuste e a revisão, não é unânime na doutrina. Arnoldo Wald, por exemplo, tem recomposição como sinônimo de revisão. (WALD, 1991, p. 303-304)

<sup>97</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 402-403.

79), ou, mais expressivamente, em *Telephone Company v. Tax Commission* (297 U.S. 403), no qual Brandeis anotou que a empresa não pode ser obrigada a prosseguir no empreendimento com prejuízo, indefinidamente:

*“A public utility cannot be compelled to carry on a business indefinitely at a loss. If because of such loss a corporation, seeing on prospect of betterment, wishes to discontinue its business and were prevented from doing so by law might be held to be void as imposing an unconstitutional condition upon the privilege of engaging in it”.*

Nove anos após o voto no caso *Munn v. Illinois*, o próprio Waite, completaria o seu pensamento, exprimindo a opinião da Corte renovada:

*“This power to regulate is not a power to destroy, and limitation is not the equivalent of confiscation. Under pretense of regulating fares and freights, the state cannot require a railroad corporation to carry persons or property for public use without just compensation or without due process of law”.*<sup>98</sup>

Dessa forma, sendo comprovada emergência de encargo excessivo ao concessionário, deve o Judiciário reestabelecer o equilíbrio da remuneração do concessionário, inclusive em vista do princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Para tanto, é essencial que se delimite os riscos contratuais que são imputados ao concessionário e ao concedente. Faz-se, assim, muito pertinente tratar da teoria das áleas contratuais.

### **3.2 Teoria das áleas contratuais**

O item 3.2 é destinado à teoria das áleas contratuais por ser um modelo muito útil para a distribuição adequada de riscos entre os contratantes. Auxilia, assim, o Poder Judiciário a identificar as causas que acarretam a recomposição das tarifas em contratos de concessão, bem como a forma como essa deve se dar. Segundo tal modelo, os riscos contratuais são divididos em ordinários, imputados ao concessionário, e extraordinários, imputados ao poder concedente. Os últimos são divididos ainda em econômicos (que correspondem ao caso fortuito e força maior, segundo a teoria da imprevisão) e administrativos (que englobam o poder de alteração unilateral do contrato pelo Poder Público e as teorias do fato da Administração e do fato do príncipe). O tópico é concluído com alguns apontamentos acerca das divergências em torno do fato do príncipe, apesar de sua centralidade na recomposição das tarifas de concessão de serviços públicos.

---

<sup>98</sup> TÁCITO, 1997, p. 26-27.

Como dito, a teoria das áleas é uma construção teórica que tenta fornecer critérios racionais à divisão de riscos do contrato. Ela pretende, fundamentalmente, imputar cada intempérie ao agente que a poderia ter evitado. Busca-se, assim, manter a relação proporcional entre as contraprestações.

De acordo com tal modelo, há riscos contratuais ordinários e extraordinários. Os primeiros correm sob conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Isso porque a álea ordinária, também chamada de empresarial, é um resultado da própria flutuação de mercado.

O concessionário assume, portanto, o dever de assimilar, de suportar as variações de ordem econômico-financeira naturais e previsíveis impostas pelo mercado e pela própria natureza da atividade que se propôs a desenvolver. Diz José Anacleto Abduch Santos:

Este dever decorre, entre outros, do princípio da boa-fé, que, na conformação da relação contratual, exige uma conduta leal e honesta. São fundamentais, então, para o sadio desenvolvimento da relação de concessão de serviço público, valores como a lealdade e a honestidade. Estes valores deverão, para que reste observado o princípio da boa-fé, ser observados pelo concessionário quando da elaboração de sua proposta no curso do procedimento licitatório, pois, quanto mais criteriosa for a avaliação dos riscos do negócio em contraposição às reais condições da empresa em assumir a concessão, menor será a possibilidade de inviabilização da execução contratual por força das variações econômicas naturalmente impostas pelo mercado.<sup>99</sup>

Verifica-se, então, que integram também a noção de álea ordinária os erros cometidos pelo concessionário na elaboração de sua proposta para o procedimento licitatório. Em vista dos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, o prejuízo resultante de um erro do licitante deve ser absorvido pela estrutura financeira do concessionário<sup>100</sup>. A eventual impossibilidade de cumprimento das obrigações contratuais por força desse tipo de erro acarretaria a rescisão do contrato e a realização de nova licitação, sujeitando-se o inadimplente a penalidades legais e contratuais previstas.

Assim, em princípio, não há responsabilidade administrativa em recompor o equilíbrio contratual causado pela álea ordinária. Cumpre ressaltar, no entanto, que se pode imputar responsabilidade ao administrador por evento no âmbito da álea ordinária por culpa *in eligendo*, se houver prejuízo e restar demonstrado que a escolha do concessionário não atendeu ao devido procedimento licitatório nos termos da lei.

Para que a seja escolhido um particular que detenha as condições de prestar adequadamente o serviço, a Administração deve se valer de exigências fiscais e de

---

<sup>99</sup> SANTOS, 2002, 154.

<sup>100</sup> Art. 3º da lei 8.666/93 e art. 37, inciso XXI da Constituição Federal.

qualificação técnica-financeira, compatíveis com o serviço a ser concedido, ainda na fase interna do certame licitatório. Desta forma, é diminuída a probabilidade de que o dano causado à equação econômico-financeira por evento da álea ordinária não seja assimilado pelo concessionário, bem como atenua-se o risco à continuidade da prestação do serviço.

No que tange às áleas extraordinárias, estas são imprevisíveis, inevitáveis e inimputáveis ao concessionário. Elas correm, portanto, sob conta do poder concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para recomposição do equilíbrio rompido, e subdividem-se em econômicas e administrativas.

A álea extraordinária econômica corresponde à teoria da imprevisão, que trata de todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio econômico-financeiro muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado. Diz Di Pietro:

Ocorrendo essa álea econômica, aplica-se a teoria da imprevisão, que corresponde à antiga cláusula *rebus sic standibus*, segundo a qual *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic standibus* (significando em tradução livre, que os contratos que tem duração sucessiva e são dependentes de fatos futuros devem ser cumpridos se as coisas permanecerem como estavam no momento da celebração). Trata-se de cláusula baseada em razões de equidade e, por isso, considerada implícita em todos os contratos de prestações sucessivas, significando que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (*rebus sic stantibus*) como eram no momento em que foi firmado o contrato.<sup>101</sup>

Segundo Hely Lopes Meirelles, a teoria da imprevisão é construção jurisprudencial do Conselho de Estado da França ao julgar os sucessivos pedidos de revisão de contratos administrativos durante a Primeira Guerra Mundial, que criou uma situação insustentável para os concessionários do serviço público.

Posteriormente, a teoria foi consagrada na Lei *Faillot*, de 21.01.1918, que inspirou a Lei belga de 11.10.1919. Antes, porém, na Itália, o Decreto Real de 27.05.15 já admitia a guerra como causa de rescisão dos contratos cuja execução se tornasse ruínosa para uma das partes. No Brasil, a teoria da imprevisão foi claramente admitida para certos contratos privados, tais como nos de locação comercial, ao tempo do Decreto n. 24.250, de 20.04.34 (lei de luvas)<sup>102</sup>.

Justifica-se a aplicação da teoria da imprevisão porque, se de um lado, a ocorrência de circunstâncias excepcionais não desincumbe o particular do dever de dar cumprimento ao contrato, por outro lado, não é justo que ele responda sozinho pelos prejuízos sofridos a partir

---

<sup>101</sup> DI PIETRO, 2011, p. 100.

<sup>102</sup> MEIRELLES, 2012, p. 248.

de acontecimentos alheios a sua vontade. Para evitar a interrupção do contrato, a Administração vem em seu auxílio, repartindo os ônus a partir da revisão das cláusulas financeiras do contrato, para restabelecer seu equilíbrio econômico-financeiro.

Importante ressaltar que o particular só poderá solicitar tal revisão quando der continuidade à prestação dos serviços.

Ainda no que diz respeito à teoria da imprevisão, são suas espécies o caso fortuito e a força maior. Elas são situações de fato que acarretam a impossibilidade de ser cumprido o contratado. A doutrina, de modo geral, defende que o caso fortuito decorre de eventos da natureza, e a força maior da vontade humana.

O Código Civil, no entanto, não faz nenhuma distinção entre tais situações em seu art. 393, determinando tão somente, em seu *caput*, que “*o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior*”. Responderá, entretanto, quando expressamente se houver responsabilizado pelos prejuízos ou quando estiver em mora, segundo o art. 399 do Código Civil.

Por sua vez, a Lei n. 8.666/93 prevê até hipótese de rescisão contratual pela ocorrência de caso fortuito ou força maior regulamente comprovados, admitindo, inclusive, indenização ao prejudicado pelos prejuízos causados, desde que, é lógico, não tenha havido culpa do inadimplente.

No que tange à alea extraordinária administrativa, ou seja, os riscos de o Estado contratante modificar as condições do contrato, incluem-se: o poder de alteração unilateral do contrato, a teoria do fato da Administração e a teoria do fato do príncipe.

Segundo Di Pietro, não há dúvidas de que o exercício do poder de alteração unilateral do contrato pelo poder concedente acarreta sua responsabilização para que o reequilíbrio contratual seja mantido. Tal dever, aliás, encontra-se expresso na Lei n. 8.987/95, em seus art. 9º, parágrafo quarto, art. 18, inciso VII e art. 23, inciso V<sup>103</sup>.

Em relação à teoria do fato da Administração, esta compreende qualquer conduta ou comportamento do Poder Público que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico. Celso Antônio Bandeira de Mello considera como fato da Administração “*o comportamento irregular do contratante que, nesta*

---

<sup>103</sup> Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. §4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração. Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: Inciso VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço. Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: Inciso V – aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações.

*mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava por eles avençado*”<sup>104</sup>. Para o autor, o que caracteriza efetivamente o fato da Administração é a irregularidade do comportamento do Poder Público.

O fato da Administração pode, assim, provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto, isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis. Pode, também, provocar um desequilíbrio econômico-financeiro, dando ao contratado o direito a sua recomposição.

Diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro que costuma-se equiparar o fato da Administração à força maior, o que deve ser entendido em termos; em ambas as hipóteses há a ocorrência de um fato atual (posterior à celebração do contrato), imprevisível e inevitável; porém, na força maior, esse fato é estranho à vontade das partes e, por isso, integra a álea extraordinária econômica. Já o fato da Administração integra a álea extraordinária administrativa por ser imputável a esta. Além disso, a força maior torna impossível a execução do contrato, isentando ambas as partes de qualquer sanção, enquanto o fato da Administração pode determinar a paralisação temporária ou definitiva, respondendo o Estado pelos prejuízos sofridos pelo contratado.

Por fim, como última teoria inclusa na álea extraordinária administrativa, tem-se o fato do príncipe, objeto de estudo desta monografia. O conceito de fato do príncipe, diferentemente das outras situações descritas anteriormente como integrantes das áleas contratuais, não pode ser facilmente delimitado. Desde sua criação na França, tal teoria não se mostrava suficientemente clara e, também no ordenamento jurídico brasileiro, há escassos trabalhos doutrinários sobre a teoria e suas consequências<sup>105</sup>.

Renomados autores, como, por exemplo, Estorninho, recusam o instituto por considerarem um resquício do passado, associado a uma lógica de privilégios do Poder Público, absolutamente inaceitável nos dias de hoje<sup>106</sup>. No entanto, a teoria é um importante instrumento para resolução de vicissitudes ocorridas durante a execução de um contrato de concessão, sendo, assim, essencial para o sucesso do empreendimento, como visto no item 2.3.

Muito embora sua relevância, a não atenção adequada à teoria acarreta um instituto confuso e cujos critérios carecem de precisão e análise coerente dentro da teoria dos riscos contratuais. Por isso, é necessário um tópico específico para a temática.

---

<sup>104</sup> DI PIETRO, 2009, p. 641.

<sup>105</sup> GASIOLA, 2014, p. 4.

<sup>106</sup> ESTORNINHO, 2012, p. 492.

### 3.3 O fato do príncipe nos contratos de concessão de serviço público

No ponto 3.3, buscar-se-á analisar adequadamente a teoria do fato do príncipe, uma vez que a presente monografia trata do reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviço público com base em tal modelo. Para tanto, o fato do príncipe será diferenciado de outros institutos que compõe as áleas contratuais, especificamente, a teoria da imprevisão, a modificação contratual unilateral e a teoria do fato da Administração. Será demonstrada a relevância do instituto nas concessões, justamente pelas características destes acordos, já apresentadas no ponto 2.2.

O estudo sobre o tema é sobretudo importante porque ele é mencionado na Lei n. 8.987/95 e começa a estar presente em editais de concessão. Somente a partir de tal estudo, aumentar-se-ão as chances de sucesso da parceria entre concessionário e concedente e será diminuída a litigiosidade sobre a questão.

Como fonte da maioria das teorias acerca da recomposição do equilíbrio em contratos administrativos, a doutrina francesa deve ser o ponto de partida para a adequada conceituação do fato do príncipe. De acordo com Marçal Justen Filho, baseado em Morand-Deviller e Laubadère, *“a maior parte da doutrina francesa reputa que o fato do príncipe se verifica quando a execução do contrato é onerada por medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato”*<sup>107</sup>. O exemplo típico consiste na elevação da carga tributária incidente sobre a execução da prestação devida pelo contratado.

Segundo o doutrinador, na sua essência, mantida no Brasil, a teoria do fato do príncipe trata de uma lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito. As duas principais características do fato do príncipe são, portanto, a licitude e a extracontratualidade.

Em primeiro lugar, o fato do príncipe é uma atuação lícita do Estado. Exige-se do agente a respectiva competência para exercer o ato de poder de forma regular e normal. Isso porque uma conduta ilícita estatal acarreta outras espécies de responsabilidade: objetiva estatal, nas hipóteses de atuação ilícita e extracontratual, e por fato da Administração, quando o ente público agir ilicitamente como parte do contrato.

---

<sup>107</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 896.



No entanto, de acordo com alguns autores, o fato do príncipe se refere a uma responsabilidade civil contratual por fato extracontratual da Administração. Esse é o posicionamento de Cretella Júnior, que identifica o fato do príncipe como “cláusula explícita” nos contratos administrativos e, dessa forma, implica uma responsabilidade contratual o seu descumprimento<sup>108</sup>.

No entanto, não restam dúvidas de que se trata de uma responsabilidade extracontratual porque o Poder Público exercita suas prerrogativas gerais estatais e apenas indiretamente sobre o contrato. Esclarece Di Pietro:

Quanto ao fato do príncipe, divergem os autores em sua conceituação; para uns, abrange o poder de alteração unilateral e também as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. Para outros, o fato do príncipe corresponde apenas a essa segunda hipótese. Cite-se o exemplo de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato; ou medida de ordem geral que dificulte a impositação dessas matérias-primas. É a corrente a que aderimos, por ser diverso o fundamento da responsabilidade do Estado; no caso de alteração unilateral de cláusulas contratuais, a responsabilidade decorre do próprio contrato, ou seja, da cláusula exorbitante que confere essa prerrogativa à Administração; trata-se de responsabilidade contratual. No caso de medida geral, que atinja o contrato apenas reflexamente, a responsabilidade é extracontratual; o dever de recompor o equilíbrio econômico do contrato repousa na mesma ideia de equidade que serve de fundamento à teoria da responsabilidade objetiva do Estado.<sup>109</sup>

Tendo essas características em mente, para a boa compreensão do objeto de pesquisa, cumpre agora fazer breves diferenciações entre a teoria do fato do príncipe de outras possibilidades alteração do equilíbrio contratual, já tratadas anteriormente: a teoria da imprevisão (que corresponde a álea extraordinária econômica), a modificação unilateral do contrato e o fato da Administração (outras espécies de álea extraordinária administrativa). Por compartilharem algumas características e até mesmo alguns efeitos com o fato do príncipe, tais institutos são constantemente confundidos, sobretudo devido à inexistência de seus conceitos legais ou completa previsão de suas consequências jurídicas.

Primeiramente, no que tange à álea extraordinária econômica, a teoria da imprevisão apresenta visíveis diferenças com o fato do príncipe. A doutrina francesa, segundo Marçal Justen Filho, é muito preocupada em diferenciá-lo porque, naquele país, somente se aplica a teoria do fato do príncipe quando a modificação for proveniente da mesma esfera contratual, já que ela é entendida como uma modalidade de indenização<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> GASIOLA, 2014, p. 4.

<sup>109</sup> DI PIETRO, 2011, p. 100.

<sup>110</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 896.

É que, na França, não se pode encontrar um fundamento jurídico para que o ente estatal partícipe do contrato arque com os efeitos do ato que não praticou. Quando isso ocorre, a solução é aplicar a teoria da imprevisão, instrumento adequado a neutralizar os efeitos econômicos onerosos provenientes de fatos alheios à contratação.

Justamente por não haver nexo de causalidade entre a atuação das partes e a alteração contratual, os prejuízos da teoria da imprevisão não recaem integralmente a nenhuma das partes no ordenamento gaulês, diferentemente da responsabilidade integral do ente público por fatos do príncipe.

A distinção é relevante naquele país porque o regime jurídico da teoria da imprevisão é diferente do regime jurídico do fato do príncipe. Na última hipótese, os direitos do particular são mais intensos do que os reconhecidos em vista da teoria da imprevisão. No Brasil, no entanto, não há importância para tal diferenciação<sup>111</sup>. Diz Justen Filho:

Mas a distinção não apresenta maior relevância no Direito brasileiro, eis que o art. 65, inc. II, alínea “d” (da Lei n. 8.666/1993), estabelece que haverá o mesmo tratamento para fato o príncipe ou para a teoria da imprevisão. Mais ainda, o § 5º do art. 65 disciplina a mais clássica hipótese de fato do príncipe (elevação da carga tributária) de modo genérico, reconhecendo o cabimento da recomposição da equação econômico-financeira sem estabelecer qualquer distinção relativamente à identidade do sujeito responsável.

Lembre-se que o art. 78 da Lei n. 8.666/1993, ao disciplinar as hipóteses de extinção do contrato administrativo, não contempla os casos e fatos supervenientes caracterizadores de imprevisão ou fato o príncipe. Se um fato superveniente tornar impossível a execução do contrato, aplicar-se-á a solução da extinção em razão de força maior (inc. XVII). Se a execução do contrato continuar possível, mas se configurar como excessivamente onerosa para a Administração Pública (em virtude de uma hipotética revisão e preços), a solução será a rescisão do contrato por conveniência da Administração (inc. XII)<sup>112</sup>.

Ademais, conclui Carvalho Filho, entende-se que “o ‘príncipe’ é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de modo que nos parece aplicável a teoria se, por exemplo, um ato oriundo da União Federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro”<sup>113</sup>.

Já em relação à modificação unilateral do contrato, o que, de fato, a diferencia do fato do príncipe é sua contratualidade. É que, como visto no ponto 3.2, os poderes de modificação unilateral são de titularidade do contraente público, inerentes ao acordo administrativo, previstos em cláusulas exorbitantes. São exercidos pela entidade pública e acarretam

---

<sup>111</sup> Cumpre destacar que, para Di Pietro, também no Brasil, a compensação financeira concedida pela Administração pela teoria da imprevisão nunca será integral, porque reparte-se o prejuízo. Se a parte prejudicada não puder cumprir, de modo algum, as obrigações contratuais, dar-se-á a rescisão sem atribuição de culpa. DI PIETRO, 2011, p. 102-105.

<sup>112</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 897.

<sup>113</sup> CARVALHO FILHO, 2012, p. 211.

responsabilidade contratual em restabelecer o equilíbrio. Assim, observa-se a grande diferença com o conceito de fato do príncipe, por este ser o exercício de poderes gerais que não pressupõe previsão contratual.

No entanto, a aproximação dos institutos fica evidente no entendimento de certos autores que negam autonomia ao fato do príncipe, uma vez que o essencial para a identificação da responsabilidade é a atuação administrativa, não sendo importante a diferença entre medidas gerais e atos individuais. Na verdade, os efeitos jurídicos de ambos muitas vezes até se equivalem<sup>114</sup>.

Trata-se, porém, de atuações do Estado com finalidades diferentes, pois a modificação unilateral, que pressupõe um ato individual e concreto, sempre tem o contrato por objeto, enquanto que o fato do príncipe, que é um ato de caráter geral, não o tem.

Além disso, o poder de modificação unilateral do contrato recebe várias limitações que não existem para a modificação por fato do príncipe. O mesmo acontece com o poder de rescisão unilateral do acordo, já que o fato do príncipe também poderá extinguir a relação, mas em outros termos<sup>115</sup>.

Por fim, cumpre destacar a distinção entre fato do príncipe e fato da Administração. O primeiro decorre de atos genéricos abstratos do Poder Público, enquanto o segundo é atitude da Administração que afeta diretamente a execução do contrato. Não obstante a isso, como já exposto, sempre que a Administração afetar direta ou indiretamente o equilíbrio do contrato, deverão ser adotadas as medidas necessárias para restabelecê-lo, nos termos do art. 58, da Lei n. 8.666/93<sup>116</sup>.

Neste sentido, com a diferenciação da teoria do fato do príncipe de institutos semelhantes, conceituou-se de forma adequada o que vem a ser o objeto de estudo do presente trabalho monográfico, a ser aplicado em contratos de concessão de serviços públicos. Viu-se que tal teoria é um modelo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro alterado por um ato estatal geral, válido, lícito e perfeito. O instituto assume, assim, demasiada relevância sobretudo nos contratos de concessão de serviços públicos, já que a mutabilidade é uma característica inerente a tais acordos.

Como já exposto, o equilíbrio em tais contratos é instável porque o objeto contratual envolve a prestação de um serviço público atual e adequado. Ademais, por se tratar de um empreendimento, essas avenças possuem longos prazos de vigência, o que possibilita a

---

<sup>114</sup> GASIOLA, 2014, p. 4

<sup>115</sup> GASIOLA, 2014, p. 4

<sup>116</sup> FURTADO, 2012, p. 399.

incidência de vários fatos do príncipe sobre o contrato, já que estes decorrem do legítimo exercício do poder geral regulamentar do Estado.

Desta forma, identificar as situações que constituem fatos do príncipe e pesquisar mecanismos pertinentes para reequilibrar os acordos são tarefas relevantes para a garantia da segurança jurídica e do sucesso da concessão. A maior previsibilidade a respeito da alocação de riscos em tais avenças certamente atenuará o abarrotamento do Judiciário e dos Tribunais de Contas com processos sobre o tema, bem como evitará o proferimento de decisões contraditórias em si e entre si.

De fato, a litigiosidade sobre o tema configura-se como um risco jurídico, político e financeiro de exploração, como demonstrado no item 2.3. Compromete-se, desta forma, o próprio sucesso da concessão, o que não é interessante a nenhuma das partes contratantes.

É por isso que a partir de 2013, os contratos para concessão das rodovias federais firmados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por exemplo, passaram a prever expressamente o fato do príncipe como risco imputado ao poder concedente, como se pode ver nos acordos de número 1 a 7 de 2013, que estabelecem que “*a concessionária não é responsável pelos riscos relacionados pelos seguintes riscos relacionados à concessão, cuja responsabilidade é do poder concedente: [...] fato do príncipe ou fato da Administração que provoque impacto econômico-financeiro no Contrato*”<sup>117</sup>. De fato, nos instrumentos contratuais anteriores da ANTT, do ano de 2012, não havia tal previsão<sup>118</sup>.

No entanto, ainda que inexistente tal dispositivo contratual, a aplicação do fato do príncipe nos contratos de concessão ocorre porque, na Lei n. 8.987/95, o art. 9º, parágrafo terceiro, prevê uma hipótese de aplicação da teoria, embora não seja utilizada essa expressão<sup>119</sup>. Tal dispositivo determina que “*ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso*”.

Analogicamente, qualquer outra hipótese que se caracterize como fato do príncipe autorizará a revisão das cláusulas financeiras do contrato, não apenas pela aplicação pura e simples da respectiva teoria, baseada em princípios de equidade, como também pela aplicação subsidiária da norma contida no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei n. 8666/93. O dispositivo

---

<sup>117</sup> Sítio eletrônico: [www.antt.gov.br/html/objects/\\_downloadblob.php?cod\\_blob=11097](http://www.antt.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=11097). Último acesso em: 27.10. 2014, às 17h49.

<sup>118</sup> GASIOLA, 2014, p. 4

<sup>119</sup> DI PIETRO, 2011, p. 100.

faz expressa referência ao fato do príncipe como causa de alteração contratual para restabelecer a relação que as partes pactuaram no momento da celebração do acordo<sup>120</sup>.

### **3.4 O direito à recomposição do equilíbrio por fatos do príncipe em contratos de concessão de serviço público**

O último item do capítulo 3 é destinado ao estudo do direito à recomposição do contrato de concessão a partir do advento de fato do príncipe. Primeiramente, analisar-se-ão os fundamentos jurídicos para satisfação da pretensão do concessionário. Isto certamente servirá como base para a delimitação das situações em que deverá ser deferida a revisão tarifária. Será defendido que os danos decorrentes da atuação genérica e lícita da Administração deverão ser diretos, significativos e especiais ao particular. Como será visto, a necessidade ou não da especialidade do prejuízo é a principal razão das inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, além de tal característica ser dificilmente comprovada.

Os prejuízos causados ao concessionário a partir da ocorrência de fatos do príncipe acarretam a ele uma pretensão de recomposição contratual e, possivelmente, também de indenização. No entanto, há de se identificar com clareza os fundamentos jurídicos destes interesses, o que também é essencial para a delimitação das situações em que as pretensões deveriam ser satisfeitas. De fato, podem ser descritos dois principais embasamentos jurídicos: o princípio da igualdade dos particulares perante os encargos públicos e a proteção da segurança jurídica<sup>121</sup>.

Em primeiro lugar, o princípio da igualdade perante os encargos públicos é tratado por Canotilho da seguinte forma:

Uma outra manifestação do princípio da igualdade é a que os autores designam por *igualdade perante os encargos públicos* (*égalité devant les charges publiques*, *Lastengleichheit*). O seu sentido tendencial é o seguinte: (1) os encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual

---

<sup>120</sup> Diz a lei: “os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

<sup>121</sup> Como já exposto, Di Pietro considera o princípio da equidade como fundamento do fato do príncipe. A simples diferenciação terminológica não merece maiores considerações. DI PIETRO, 2011, p. 100.

pelos cidadãos; (2) no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público deverá reconhecer-se uma indemnização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados.<sup>122</sup>

Em outras palavras, a vida em sociedade exige que cada cidadão arque com custos para a manutenção do aparato estatal. Para além desses custos ordinários atribuídos a todos, aquele que sofrer maiores encargos em prol da coletividade deve ser indenizado pela mesma coletividade, representada pelo Erário.

Esse é, essencialmente, o argumento para indenização prévia justa e em dinheiro nos casos de desapropriação, segundo o art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal. Também é a base da responsabilidade objetiva estatal prevista no art. 37, parágrafo sexto, da Carta constitucional. Tal argumento também não deixaria de ser a base para a preservação do equilíbrio contratual, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição.

De igual maneira, o princípio da segurança jurídica também deve reger a contratação pública, justamente por estar relacionado com a lealdade e boa-fé, bases da atuação estatal. A evolução das concepções democráticas quanto ao Estado afasta a possibilidade de frustração das expectativas legítimas geradas por atos formalmente perfeitos praticados por agentes públicos<sup>123</sup>. Novamente, merece destaque a lição de Canotilho:

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Esses princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroativas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.<sup>124</sup>

De maneira semelhante, este princípio é a base para o art. 54 da Lei n. 9.784/99, que aduz que “*o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*”

Os princípios da equidade e da segurança jurídica são, portanto, os fundamentos para que surja ao particular a legítima pretensão reparatória quando a Administração Pública altera o equilíbrio econômico-financeiro contratual. Cabe ressaltar que, especificamente no que se refere ao fato do príncipe, os danos da atuação administrativa devem ser diretos, especiais e

---

<sup>122</sup> CANOTILHO, 1993, p. 373.

<sup>123</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 780.

<sup>124</sup> CANOTILHO, 1993, p.350.

significativos ao particular para que seja lhe seja concedida a recomposição contratual e a possível indenização.

Primeiramente, o dano direto é constituído por uma relação próxima entre o ato administrativo geral e o objeto do contrato. É necessário um nexo de causalidade evidente entre o desequilíbrio gerado e o fato do príncipe. Tais efeitos diretos do fato do príncipe podem se dar de três maneiras sobre o contrato: alteração na remuneração do particular, na forma de execução do pactuado ou pela extinção da avença.

Importante ressaltar que os efeitos diretos referidos não se confundem, em nenhuma hipótese, com efeitos individuais, uma vez isso descaracterizaria o fato do príncipe e constituiria uma alteração unilateral do contrato ou fato da Administração, já devidamente diferenciados no ponto 3.3.

Em segundo lugar, além de um efeito direto, o fato do príncipe deve ocasionar uma perturbação significativa no contrato para gerar um direito à indenização ou reequilíbrio contratual. Isso porque, como visto, existem encargos ordinários insignificantes que correspondem a custos da vida em sociedade.

No entanto, cabe ressaltar que a doutrina não é unânime em relação à necessidade de análise da intensidade do dano causado<sup>125</sup>. De fato, pela leitura superficial do art. 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal, não se extrai tal requisito, tampouco a partir do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93.

No entanto, a desconsideração de tal pressuposto acarretaria uma avalanche de incabíveis pretensões indenizatórias ou relativas ao reequilíbrio contratual. Ademais, o impacto significativo no contrato é importante para a comprovação da repercussão do ato do Poder Público nos preços do contrato, como é determinado, por exemplo, pelo art. 65, parágrafo 5º da lei de licitações: *“quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”*.

Por fim, a necessidade de especialidade ou não do dano é o motivo principal das discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca da possibilidade de indenização e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviços públicos por fatos do príncipe. O Excelentíssimo Ministro Mauro Campbell Marques não vê tal aspecto como um requisito para os mencionados fins:

---

<sup>125</sup> Cretella Junior entende que são necessários apenas três requisitos para configurar o fato do príncipe: i) o contrato administrativo; ii) uma medida, cujo efeito rompe o equilíbrio; e iii) o elemento de imprevisão. Cumpridos estes requisitos, haverá fato do príncipe, tendo sempre o contratante particular a pretensão de uma indenização integral. CRETELLA JÚNIOR, 2012, p. 30.

Há legalidade no repasse para a conta telefônica do valor referente ao aumento do PIS e da COFINS que incide sobre o faturamento de concessionária que presta serviço de telecomunicação na hipótese em que há no contrato administrativo autorização prévia para a alteração da tarifa em casos de fato do príncipe, pois é necessário preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, podendo a variação da carga tributária do PIS e da COFINS desencadear a revisão automática das tarifas previstas no contrato de concessão, desde que recaia [tão somente] direta ou reflexamente sobre a atividade objeto da contratação.<sup>126</sup> [sem ênfase no original]

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, é a doutrina francesa que estabelece que o concessionário não está garantido pela teoria do fato do príncipe contra as medidas gerais expedidas pelo Poder Público que agravem a coletividade em geral, salvo quando possuem específica repercussão sobre o objeto da concessão. Isso significa que a álea contratual ordinária, a ser suportada pelo concessionário, abrange oscilações não excepcionais de preços e agravamentos econômicos oriundos de medidas gerais suportáveis pelos administrados.

É que no Direito francês álea ordinária, isto é, o risco a ser enfrentado pelo concessionário sem socorro do Poder Público, envolve não só os casos em que este, por ineficiência, negligência ou incapacidade, sofre prejuízos, mas também a hipóteses em que sua deterioração patrimonial advém de oscilações normais dos preços de mercado, insuficiente afluxo de usuários, *ou promana da adoção de medidas gerais, exaradas pelo Poder Público, que afetem indiscriminadamente toda a coletividade, sem repercussão especial sobre o concessionário e sem lhe tornar ruínosa a exploração do serviço.*

Entre nós, todavia, a noção de alea ordinária – ou seja, do risco que o concessionário deve suportar – é mais restrita, de sorte que se beneficia de uma proteção maior. De outro lado, no que se refere à álea econômica, quando invocável a teoria da imprevisão, o resguardo do concessionário é completo, e não apenas parcial, como no Direito francês.<sup>127</sup>

Desta forma, conclui o administrativista que a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão dá proteção mais generosa para o concessionário no Brasil, como se verifica pela redação dos arts. 9º, parágrafo segundo, 18, inciso VIII, e 23, inciso IV, da Lei n. 8.987/95, que excluem da álea ordinária a variação dos preços dos insumos que compõe a tarifa.

Neste sentido, segundo o autor, os fatos do príncipe, ainda que não se refiram a providências especificamente incidentes sobre a concessão, são excluídos da álea ordinária, uma vez que o art. 9º, parágrafo terceiro, da Lei de concessões impõe que a revisão da tarifa

---

<sup>126</sup> Voto vista no REsp 976836/RS.

<sup>127</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 735.



deverá ocorrer até mesmo em face da sobrevivência de tributos (salvo o imposto de renda) ou de encargos legais que comprovadamente repercutam sobre ela.

Toda essa construção teórica tem como fundamento o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que aduz que as obras e serviços serão contratados “*com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento mantidas as condições efetiva da proposta*”.

Ocorre que Marçal Justen Filho afirma que a tendência jurisprudencial é de reconhecer ao particular o direito a ser indenizado ou de ter a recomposição de seu contrato apenas se a medida estatal atingi-lo de modo especialmente oneroso, diferenciando sua situação daquela de todos os demais cidadãos. Em referência a Laudabère, Venezia e Gaudemet, o autor defende que o fato do príncipe somente será indenizável quando a medida geral, destinada a onerar igualmente todos os cidadãos, afetar ao contratado de modo especial, reflexamente<sup>128</sup>.

Tal requisito decorre de um dos fundamentos já mencionados da teoria do fato do príncipe, que é justamente a igualdade perante os encargos públicos, por uma questão lógica. Apenas serão compensados os danos que prejudicarem um ou alguns indivíduos, já que, quando toda coletividade é afetada, não há que se falar em indenização, pois isso levaria à estranha solução de a coletividade, representada pelo Estado, ressarcir a mesma coletividade. Esse é a razão pela qual alterações nas alíquotas do Imposto de Renda não podem ensejar o reequilíbrio contratual, por se tratar de um tributo de caráter geral.

Para bem ilustrar tal necessidade de dano especial para que sobrevenha o direito à recomposição contratual ou indenização, pode-se analisar a responsabilidade civil do Estado por leis constitucionais, que são a forma como se apresenta a maior parte dos fatos do príncipe.

De acordo com Carvalho Filho, a moderna doutrina tem reconhecido, em situações excepcionais, a obrigação do Estado em indenizar, ainda que a lei produza um dano jurídico lícito. Segundo seu raciocínio, isso ocorre particularmente quando a lei atinge direitos de determinado grupo de indivíduos, à custa de algum outro benefício conferido a um universo maior de destinatários. Segundo o autor, “*trata-se aqui de dano lícito indenizável, sujeito, no entanto, a que seja (a) economicamente mensurável, (b) especial e (c) anormal*”<sup>129</sup>.

De fato, a generalidade e abstração do ato legislativo típico é justamente o que dificulta a concessão de indenização ao particular eventualmente prejudicado. De acordo com Hely Lopes Meirelles:

---

<sup>128</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 385.

<sup>129</sup> CARVALHO FILHO, 2012, p. 566.

O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. Como a reparação civil do Poder Público visa a restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há falar em indenização da coletividade. Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável.<sup>130</sup>

No mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho explica que “*a lei, em sentido material, ato legislativo típico, não pode causar prejuízo a ninguém enquanto norma genérica, abstrata e impessoal; [...]. A lei absolutamente genérica nada mais que simples interesses pode contrariar*”<sup>131</sup>.

Outro exemplo de fato do princípio que dificilmente gera direito à indenização justamente devido a sua generalidade é a limitação administrativa. Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social. Novamente Hely Lopes Meirelles, com base em Alcides Greca, esclarece que a índole das limitações administrativas é serem gerais e, por isso, não acarretam direito à indenização<sup>132</sup>.

Considerando comprovada a necessidade de comprovação de especialidade, impõe-se o problema de comprovação de tal requisito em juízo. De fato, entre os atos administrativos individuais e os gerais, existe uma zona fronteira, uma vez que a distinção depende, por exemplo, da questão do referencial comparativo a ser adotado (a sociedade como um todo ou tão somente os empresários do mesmo setor) e de quais insumos são mais utilizados pelo concessionário.

---

<sup>130</sup> MEIRELLES, 2012, p. 722.

<sup>131</sup> CAVALIERI, 2008, p. 265.

<sup>132</sup> MEIRELLES, 2012, p. 696.

## **CAPÍTULO 4: FATOS DO PRÍNCIPE GERADOS PELA REGULAÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA E SEUS REFLEXOS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: RE 571.969/DF**

Este capítulo se propõe a discutir os fatos do príncipe que são os principais responsáveis pela mutabilidade dos contratos de concessão: políticas econômicas editadas por leis gerais e abstratas, que acabam por alterar o equilíbrio econômico-financeiro firmado.

Assim, tais medidas acarretam, a inúmeros concessionários, pretensões de recomposição contratual ou de indenização que chegam diariamente ao Judiciário e aos Tribunais de Contas. Para sanar controvérsias em torno da satisfação de tais anseios, não só no plano teórico, mas também na prática, será analisado o Recurso Extraordinário 571.969/DF (caso Varig), julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no primeiro semestre de 2014. Buscar-se-á identificar os argumentos pertinentes para um posicionamento adequado da Corte, a partir da comprovação ou não dos requisitos para o cabimento do reequilíbrio contratual por fato do príncipe, já apresentados no item 3.3.

### **4.1 Regulação do Estado na economia como fato do príncipe**

No primeiro item do capítulo 4, será discutido que os fatos do príncipe, correspondentes a políticas econômicas, aumentam a mutabilidade dos contratos de concessão. Tais medidas intervencionistas são muito frequentes no Brasil, uma vez que as próprias Constituições nacionais, desde 1934, autorizam a atuação estatal para compatibilizar a economia com a justiça social. Em vista do princípio da legalidade restrita, as políticas econômicas são editadas, de modo geral, a partir de leis abstratas, que acabam por alterar o equilíbrio econômico-financeiro contratual de concessões de serviço público.

Como dito no ponto 2.2, o contrato de concessão é caracterizado pela sua mutabilidade e pelo longo prazo de vigência necessário para retorno do alto investimento feito pelo particular. No Brasil, a volubilidade é ainda acentuada pelos fatos do príncipe expedidos ao longo dos anos, sobretudo relativos à intervenção do Estado na economia. É que, durante toda sua história até os dias atuais, o país teve que lidar com graves problemas ligados à constante inflação em contraposição à necessidade de crescimento. Naturalmente, as políticas

econômicas acabam refletindo no direito, especificamente nos contratos, e vice-versa. Diz Eros Roberto Grau:

A verdade é que ninguém vai aos mercados sem seu advogado, diz Martin Sklar. Ninguém vai aos mercados sem seu advogado. E por que isto? Porque, na verdade, a sociedade capitalista é uma sociedade essencialmente regulada pelo Direito. O Direito instrumenta por um lado o desenvolvimento das relações de mercado e por isso, na sociedade capitalista, se reclama o Direito que seja caracterizado por normas abstratas e gerais.<sup>133</sup>

Segundo Carvalho Filho, todas as Constituições brasileiras, a partir de 1934, dedicaram um de seus capítulos à ordem econômica. O estudo comparativo das disposições constitucionais denota evidente processo evolutivo, refletindo a alteração e a criação de novos mecanismos interventivos. Tais instrumentos são frequentemente compatibilizados com as ideias políticas da época, sempre com o fito de adequá-los à ordem social e econômica.<sup>134</sup>

Na Constituição Federal de 1988, não é diferente. O art. 170 estabelece dois princípios básicos da ordem econômica atual: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. No que tange à livre iniciativa, ela indica que todas as pessoas têm direito de ingressar no mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco, tal como está previsto na Lei de concessões, em seu art. 2º, inciso II<sup>135</sup>.

Ocorre a partir da decadência do Estado liberal, ainda que o Poder Público respeite a livre iniciativa, não pode ele ser mero observador do comportamento dos particulares, mas sim um efetivo participante e fiscal do sistema econômico.

É que a Constituição contemplou alguns outros princípios que também norteiam a ordem econômica do país, como soberania nacional, propriedade privada, defesa do consumidor, defesa do meio-ambiente, redução das desigualdades sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, dentre outros. Resta evidente, portanto, que o constituinte buscou adequar a ordem econômica aos preceitos da justiça social, de acordo com José Afonso da Silva:

---

<sup>133</sup> COMPARATO, GRAU, 1991, p. 76.

<sup>134</sup> CARVALHO FILHO, 2012, p. 400.

<sup>135</sup> Percebe-se que tal garantia é tão expressiva que prejuízos causados a empresários pela intervenção do Poder Público no domínio econômico, ainda que prevista em lei, são passíveis de serem indenizados, até mesmo com fundamento no art. 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal, em algumas situações: EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido. STF, RE 422941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 01.06.2007

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que “liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submete-se às limitações postas pelo mesmo”. É nesse contexto que se há de entender o texto supratranscrito do art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem-estar coletivo. Ela constitui uma liberdade legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.<sup>136</sup>

Este raciocínio é defendido pelo Supremo Tribunal Federal: “*Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170*”.<sup>137</sup>

Percebe-se, então, que o Estado acaba por atuar de duas formas na ordem econômica: como executor de atividades produtivas, quando necessário à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, ou como regulador, com o objetivo de ajustar o sistema aos ditames sociais<sup>138</sup>. O Poder Público não mais se limita a apenas utilizar o Direito como ordenador das relações entre particulares, mas também como meio para o desenvolvimento de políticas públicas. Diz, novamente, Eros Roberto Grau:

As crises nos processos de mercado têm conduzido inevitavelmente o Estado em todas as sociedades, na atuação da função de administrar essas crises, a desenvolver inúmeras políticas públicas. E ao Direito não apenas atua no sentido de ordenar as relações entre agentes privados, mas atua também no sentido de permitir que o Estado exerça sua influência, a pretexto de superação das crises, tendo em vista a realização de certos objetivos de política social. Aí fica bem nítido, nessa descrição, aquilo que Norbert Reich chama de a dupla instrumentalidade do Direito. O Direito atua no sentido de permitir a circulação mercantil, porque ele é o Direito composto por normas abstratas e gerais, ele também instrumenta a atuação do Estado sobre os mercados. Isto de modo tal que hoje não podemos falar mais de neutralidade.<sup>139</sup>

O professor ainda estabelece que a intervenção na economia serve ao Estado para sua própria legitimação. Isso significa que o Poder Público busca, com tal atuação, atribuir ao capitalismo e à sua ordem política o reconhecimento de que eles sejam corretos e justos. É

<sup>136</sup> SILVA, 1990, p. 665.

<sup>137</sup> Ementa ADI 3512/ES, Rel. Min. Eros Grau. DJ 15.02.2006.

<sup>138</sup> CARVALHO FILHO, 2012, p. 904-905.

<sup>139</sup> COMPARATO, GRAU, 1991, p. 76.

exatamente por isso que o art. 174 da Constituição Federal atrela uma série de funções ao Estado regulador: “*como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*”.

Conclui-se, portanto, que a Constituição brasileira é dirigente e, assim sendo, acolhe a intervenção do Estado na economia, não como uma conveniência, mas como uma verdadeira necessidade<sup>140</sup>. No entanto, por restringir e condicionar a atividade dos particulares em favor do interesse público<sup>141</sup>, a atuação regulatória deve estar de acordo com o princípio da legalidade, positivado no art. 5º, inciso II, da Carta Constitucional. As medidas interventivas devem estar previstas em lei e devem ser executadas pela União ou por seus delegados devidamente autorizados.

Justamente pelo fato de, na maior parte das vezes, as políticas públicas serem revestidas como leis de efeitos abstratos, pode-se caracterizá-las como fatos do príncipe, quando alteram o equilíbrio de contratos, por se tratarem de atos estatais válidos, perfeitos, imprevisíveis e extracontratuais.

A partir de todo o exposto nos capítulos anteriores, relativo ao contrato administrativo, contrato de concessão e teoria do fato do príncipe, etc., cumpre analisar se, a partir de políticas econômicas gerais, o concessionário possui direito ao reequilíbrio econômico-financeiro de seu contrato e em quais situações isso seria possível juridicamente. Para tanto, será analisada, em um caso concreto, a caracterização do fato do príncipe para a concessão de indenização ou recomposição contratual ao concessionário. Como base, é pertinente o julgamento do RE 571.969/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

#### **4.2 Recurso Extraordinário 571.969/DF**

No item 4.2, será exposto que fatos do príncipe, relativos a políticas econômicas, incidem frequentemente sobre acordos de concessão de serviços públicos e acarretam pretensões de reequilíbrio contratual ou de indenização. Sanar controvérsias em torno da satisfação de tais pretensões constitui a importância de a matéria ter chegado ao Plenário do Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário 571.969/DF. Buscar-se-á

---

<sup>140</sup> COMPARATO, GRAU, 1991, p. 88.

<sup>141</sup> Conferir ressalvas quanto ao conceito de interesse público no ponto 1.2.

identificar os argumentos pertinentes para um posicionamento adequado da Corte, a partir da análise da comprovação ou não dos requisitos para o cabimento do reequilíbrio contratual por fato do príncipe, já apresentados no item 3.3.

Como visto, os fatos do príncipe que ocorrem com mais frequência sobre contratos de concessão são aqueles emanados pelo Estado no uso de suas atribuições como interventor econômico. Naturalmente, tais atos gerais do Poder Público alteram a equação contratual estabelecida e geram ao concessionário uma pretensão de reequilíbrio do acordo, bem como um interesse indenizatório.

Comprovar a quebra da equação contratual, bem como saber exatamente como se configura o fato do príncipe, quando há o dever do Poder Público em reequilibrar o acordo ou ressarcir o concessionário não são tarefas fáceis. As questões abarrotam os Tribunais de Justiça e de Contas em processos milionários, por vezes, bilionários. Decisões contraditórias entre si e em si mesmas corroboram com a formação de um ambiente de enorme insegurança jurídica em torno do tema. Por essa razão, foi importante que a matéria tenha chegado recentemente ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário 571.969/DF.

É que dentre as funções deste órgão colegiado está a de servir como parâmetro a todo o Judiciário brasileiro. Neste julgamento, o precedente que foi fixado se estenderá para além da intervenção reguladora da União, alcançando também Estados, Municípios e o Distrito Federal. Do ponto de vista da jurisprudência, a orientação estabelecida será aplicada a várias outras controvérsias ainda estão em tramitação, sem prejuízo das tentativas de reavivar processos concluídos. Trata-se, portanto, de matéria que possui impacto jurisprudencial que ultrapassa os limites financeiros já bastante dilatados da causa<sup>142</sup>.

No Recurso Extraordinário em análise, a União Federal questionava a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que determinou o pagamento de indenização à companhia Viação Aérea Rio Grandense S.A. (Varig) em um valor, que, atualizado, chegaria a R\$ 3,057 bilhões, relativo a perdas que a empresa teria sofrido em virtude do congelamento de preços, implantado pelo Estado no Plano Cruzado. Segundo a Recorrida, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão por ela firmado foi comprometido em virtude da política econômica vigente à época, o que teria obrigado a companhia a praticar preços abaixo dos estabelecidos pelo mercado, causando-lhe enorme prejuízo.

Primeiramente, cumpre tecer algumas considerações sobre o congelamento de preços. A princípio, os preços privados são estipulados de acordo com a lei de oferta e procura. No entanto, segundo Carvalho Filho, em alguns momentos, a desregulação do mercado enseja a

---

<sup>142</sup> Voto vista do Min. Joaquim Barbosa no RE 571.969/DF.

elevação artificial dos preços<sup>143</sup>. Então, o Estado regulador pode atuar se utilizando do tabelamento de preços, que é a fixação dos preços privados de bens e serviços. Tal medida econômica, também denominada de “congelamento” (que não deixa de ser um tabelamento protraído no tempo)<sup>144</sup>, está prevista expressamente no art. 2º, inciso II da Lei Delegada n. 4/62 e a competência para essa atuação é privativa da União ou de entidades a ela vinculadas.

Essa foi a medida adotada pelo Plano Cruzado, lançado em 28.02.1986, com base no Decreto-lei n. 2.283/86, para combater a inflação galopante que assolava a economia brasileira à época. Como a intenção era desindexar a economia e reduzir o índice inflacionário a próximo de zero, o tabelamento de preços só faria sentido se fosse aplicado a toda a sociedade. Assim, a medida não incidiu somente nos preços privados, mas também sobre as tarifas de serviços públicos delegados, que deixaram de ser devidamente reajustadas, ainda que os insumos importados subissem sem culpa do concessionário.

Por isso, os efeitos da política econômica do governo foram sentidos, sobretudo, nas concessões de serviços de transportes aéreos, uma vez que o estabelecimento das tarifas dependia sempre da aprovação pela autoridade aeronáutica. Segundo Caio Tácito:

Conforme o art. 174 (do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 7.565/68), os serviços aéreos compreendem aqueles privados (objeto dos arts. 177 a 179) e os públicos (regidos pelos arts. 180 a 221). E, logo a seguir, a lei distingue, nitidamente, a fronteira entre os atos de concessão e os de autorização, nos termos do art. 160: “A exploração de serviços aéreos públicos dependerá de prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização, no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados”. E, tratando-se de serviço de transporte aéreo regular [...], a lei vai mais além e, visando à proteção final dos usuários, enfática que as normas de competência da autoridade aeronáutica devem não somente evitar a competição ruinosa como assegurar o melhor rendimento econômico do serviço (art. 193).

E para que ocorra tal medida essencial ao equilíbrio econômico da concessão, determina que toda empresa nacional ou estrangeira obedecerá às tarifas aprovadas pela autoridade aeronáutica (art. 200).<sup>145</sup>

Desta forma, em 26.02.1993, a Varig S/A, concessionária do serviço público de transporte aéreo à época, ajuizou ação ordinária de indenização contra a União na Justiça

<sup>143</sup> CARVALHO FILHO, 2012, p. 912.

<sup>144</sup> Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no entanto, congelamento e tabelamento de preços não podem ser confundidos. É que “congelamento não significa uma medida dirigista. A equiparação a tabelamento diz respeito aos seus efeitos, mas não é a mesma coisa. Congelar preços é medida limitada no tempo que estabelece um freio momentâneo na escalada de preços, com o fato de proporcionar ao próprio mercado uma espécie de transparência dos seus mecanismos, obscurecidos que ficam nos processos inflacionários indexados. Por isso, é importante que preveja a participação concertada de todos os segmentos econômicos, coordenados pelo Poder Público. Mas não deve extrapolar para fórmulas centralizadoras da formação de preços, que passam a ditar sua formação contra as regras do mercado, isto é, da livre concorrência”. Já o tabelamento, “nos quadros da ordem econômica constitucional retro-apresentados, só pode ser entendido como instrumento balizador de preços para efeito de repressão ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4.º, da CF) enquanto uma forma de comportamento que afeta a regra de congelamento. Não tem nem pode ter, portanto, o sentido que lhe atribui a Lei Delegada 4, que se refere a fixação a priori de preços nos quadros de uma economia dirigida, com seu rígido sistema de sanções, por todos os motivos tornada inconstitucional com o advento da nova Constituição de 1988”. FERRAZ JÚNIOR, 1989, pp. 76/86.

<sup>145</sup> TÁCITO, 1997, p. 659.



Federal do Distrito Federal, alegando que a diminuição de seu patrimônio líquido seria decorrente do congelamento tarifário instituído pela União no Plano Cruzado.

Pediu, então, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com o ressarcimento dos prejuízos suportados, principalmente com base no que constava da cláusula XI do contrato de concessão celebrado: *“as tarifas a serem aplicadas deverão ser fixadas pelo DAC<sup>146</sup> tendo em vista os fatores de custo, para ser economicamente viável a operação, e tanto quanto possível, as condições econômicas da região servida pelas linhas, de forma que o intercâmbio comercial dos produtos dessa região e dos artigos de seu consumo básico seja progressivamente aumentado em benefício da região”*.

Em sua contestação, a União arguiu que a “[...] situação deficitária jamais deixou de acompanhar as empresas [aéreas], que, arrimadas no paternalismo que presidiu o transporte aéreo brasileiro, sempre recorreram aos cofres públicos para cobrir os resultados desastrosos de uma Administração desastrosa”. Afirmou ainda que os prejuízos da companhia *“nada tiveram a ver com a situação os Planos Econômicos, que atingiram indiscriminadamente todos os setores, não tendo sido peculiares à Autora”*.

O Juiz da 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou procedente o pedido da Autora e ambas as partes processuais recorreram da decisão. No Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a então Desembargadora Eliana Calmon solicitou a manifestação do Ministério Público Federal, em face do interesse público relevante e pela grandeza dos valores envolvidos.

No mesmo sentido do posicionamento do Poder Público, o *Parquet* entendeu que os atos legislativos dos moldes dos sucessivos planos econômicos, não têm as características de gerarem reparação alguma, em face da sua generalidade, pois a todos os membros da sociedade atingiram, uns em maior e outros em menor proporção.

No entanto, o TRF manteve o mérito da sentença de primeiro grau, modificando apenas algumas questões relativas aos cálculos indenizatórios. Contra a decisão colegiada, foram interpostos Recursos Especiais pela Varig, pela União e pelo MPF e Recursos Extraordinários pelo Poder Público e pelo *Parquet*.

No Superior Tribunal de Justiça, apenas o Recurso Especial interposto pela União contra o acórdão proferido pelo TRF foi parcialmente provido pela Primeira Turma, que reduziu os honorários advocatícios a 5% do valor da condenação. No Supremo Tribunal Federal, a relatora do processo, Ministra Cármen Lúcia, pela importância das repercussões

---

<sup>146</sup> Departamento de aviação civil, integrante da estrutura administrativa do Ministério da Aeronáutica até 1999, substituído pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei nº11.182/05. (Disponível em [http://www.anac.gov.br/Area.aspx?ttCD\\_CHAVE=7](http://www.anac.gov.br/Area.aspx?ttCD_CHAVE=7). Último acesso em 02.11.2014, às 20h55).

sociais, do vultu econômico-financeiro e das teses jurídicas postas em exame, levou o Recurso Extraordinário ao Plenário, na forma regimental.

Na Corte Suprema, os debates dos Ministros se centraram em 4 aspectos específicos, que correspondem às características do fato do príncipe, já tratadas no ponto 3.3: os princípios constitucionais envolvidos (razões jurídicas para indenização), a existência de dano causado pela União à concessionária (lesão direta), a extraordinariedade do prejuízo sofrido (especialidade do dano), o impacto do congelamento de preços nas contas da empresa (significância do prejuízo).

Cabe analisar separadamente cada um dos tópicos para que se identifique uma posição coerente da Corte, não só em relação ao cabimento ou não de indenização à companhia aérea, mas também em torno da argumentação jurídica utilizada, que é referencial às outras instâncias judiciais.

#### **a. Princípios envolvidos**

De acordo com a Ministra Cármen Lúcia, e tal como demonstrado anteriormente, a equação financeira é cláusula essencial em contratos de concessão, cujo cumprimento é determinação constitucional prevista desde a primeira Carta Republicana e, especificamente, no art. 167, inc. II, da Constituição de 1967, mantido idêntico dispositivo na Emenda n. 1 de 1969, vigente na data da outorga por concessão do serviço aéreo à Varig, em 08.07.1988. A Constituição de 1988 traz igual exigência, em seu art. 37, inc. XXI, repetida na Lei n. 8.987/95.

Segundo a Ministra, a estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é uma das expressões jurídicas do princípio da segurança jurídica, por ele se buscando conferir estabilidade à concessão. Garante-se, assim, ao particular a permanência das circunstâncias e das expectativas que o motivaram assumir a execução, por sua conta e risco (mas no interesse público), de atribuições que competem ao Poder Público.

Tal entendimento é o mesmo do Ministro Celso de Mello, para quem a preservação do equilíbrio econômico-financeiro traduz, no contexto dos contratos de concessão de serviços públicos, a expressão mesma de um valor essencial ao próprio Estado Democrático de Direito, que se concretiza no respeito ao referido postulado da segurança jurídica e, além disso, ao princípio da proteção da confiança, cuja relevância tem sido proclamada, em diversos precedentes, pelo Supremo Tribunal Federal:

O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. - A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio.<sup>147</sup>

Além do princípio da segurança jurídica, relacionado com a proteção da confiança, uma importante garantia a ser considerada é a do direito adquirido, nas hipóteses em que as leis alteram a economia também no âmbito dos contratos celebrados antes de sua vigência. De fato, é pertinente a invocação do princípio do direito adquirido do contratado? Ou, então, deve ser protegida a política monetária e os valores por ela representados?

Para Canotilho, as normas modificadoras de relações jurídicas contratuais tendencialmente duradouras possuem retroatividade inautêntica (também chamada de “retrospectividade”). Nestes casos, a nova regulação jurídica pretende tão somente substituir *ex nunc* a disciplina normativa existente, o que não configura a retroatividade legal autêntica, em que a norma pretende ter efeitos sobre o passado. Dessa forma, para responder as questões propostas:

Em primeiro lugar, devem trazer à colação os direitos fundamentais: saber se a nova normação jurídica tocou desproporcionada, desadequada e desnecessariamente dimensões importantes dos direitos fundamentais (cfr. Ac. TC 759/95), ou se o legislador teve o cuidado de prever uma disciplina transitória justa para as situações em causa. No primeiro caso – proteção da confiança através de direitos fundamentais – deverá desenvolver-se, de acordo com os dados concretos, uma retórica argumentativa tendente a tornar transparente se o princípio da proteção da confiança é um *topos* concretizador dos direitos fundamentais, se é uma dimensão do princípio da proibição do excesso, ou se constitui mesmo uma dimensão autônoma, integrada no âmbito de proteção da norma garantidora do direito fundamental.<sup>148</sup>

Para Gilmar Mendes, a jurisprudência do STF já acolheu a percepção de Canotilho, reconhecendo os efeitos futuros de leis monetária sobre os contratos celebrados anteriormente à sua vigência (retrospectividade) e acabou por afastar a proteção do direito adquirido<sup>149</sup>. O professor destaca que a proteção a ser oferecida pela Corte há de vir do próprio direito destinado a proteger a posição afetada:

<sup>147</sup> RE 601.914-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 11.04.2013.

<sup>148</sup> CANOTILHO, 1993. 262-263.

<sup>149</sup> RE 105.137/RS, Rel. Cordeiro Guerra, DJ 27.09.1985; RE 106132/RS, Rel. Cordeiro Guerra, DJ 13.02.1985; RE 116.063/RS, Rel. Célio Borja, DJ 10.06.1988; RE 110.321/RS, Rel. Célio Borja, DJ 28.11.1986.

Assim, se se trata de direito de propriedade ou de outro direito real, há que se invocar a proteção ao direito de propriedade estabelecida no texto constitucional. Se se tratar de proteção à política monetária ou de outro direito de perfil marcadamente institucional, também há de se invocar a própria garantia eventualmente afetada e não o princípio do direito adquirido.

Sob esse prisma, desloca-se a reflexão de uma perspectiva situada puramente no direito privado para uma lógica calcada na perspectiva constitucional de Direitos Fundamentais.<sup>150</sup>

O Ministro ressalta que a política econômica merece proteção institucional equiparável a do estatuto do contrato, o que revela o deslocamento da perspectiva puramente subjetiva dos direitos fundamentais para a fórmula objetiva de tais direitos. De fato, pode o legislador ampliar ou restringir a proteção aos contratos, sempre com observância do princípio da proporcionalidade. Por isso, diante da mudança de ambiência econômica, a discussão não se pode pautar no direito adquirido, de acordo com o entendimento do Ministro.

Com a devida vênia, tal relativização do direito adquirido parece comprometer as próprias funções do contrato, expostas no item 1.1, que são as de estabilização de expectativas, garantia do cumprimento de obrigações e manutenção da paz social.

Neste sentido, aparenta mais adequado o entendimento de Menezes de Almeida. Realmente, a característica objetiva (geral e abstrata) da lei não é afastada pela noção que se usa dizer direito adquirido. No entanto, sendo verificada uma situação subjetiva que o ordenamento jurídico trate como de direito adquirido, essa situação ficará fora da incidência da nova lei. Verifica-se, assim, que a lei não retroagirá para afetar situações jurídicas subjetivas, mas apenas, modificará as situações jurídicas objetivas, que são emanções diretas da própria lei<sup>151</sup>.

Ainda segundo Menezes de Almeida, aplicando-se esse raciocínio ao caso do contrato de concessão, que é o objeto de análise do Recurso Extraordinário 571.969/DF, em questão, tem-se que:

[...] a lei sempre terá a possibilidade de alterar lei anterior, modificando o que esta estabeleça quanto ao modo de ser do objeto da concessão.

Se isso produzir reflexos no contrato de concessão (situação jurídica subjetiva), o concessionário estará resguardado em seu direito “adquirido” ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A lei nova não retroagirá para modificar esse equilíbrio.

Ou seja, o objeto da concessão pode até sofrer alterações em seu regulamento, na medida em que mude a situação jurídica objetiva, mas o reflexo dessa mudança no contrato de concessão abrirá ao concessionário o poder jurídico de exigir o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou, no limite, indenização ante a impossibilidade prosseguimento na prestação contratual, vez que a relação jurídica

<sup>150</sup> MENDES, BRANCO, 2012, pp. 424-426.

<sup>151</sup> MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 361.

subjéitiva estabelecida no tocante ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato é intangível.<sup>152</sup>

Tal entendimento é ratificado por Meirelles Teixeira, para quem:

Essa intangibilidade da situação financeira [...] transforma a própria concessão, isto é, o direito subjetivo de exercê-la, de explorá-la – porque se trata, aqui, verdadeiramente [...] de uma atividade econômico-lucrativa – numa *property*, na velha linguagem dos tribunais norte-americanos, a constituir, para os concessionários, verdadeiros direitos adquiridos de origem contratual. [...] De fato, como sucede em toda violação de direito adquirido, o eventual desconhecimento do direito subjetivo do concessionário a equação financeira do contrato implicaria na obrigação de indenizar.<sup>153</sup>

O direito adquirido do contratado foi defendido inclusive pelo STF no julgamento do RE 141.190/SP. O caso tratava da aplicação do fator de deflação aos contratos anteriores ao Plano Bresser, com valor de resgate pré-fixados, após o congelamento de preços instituído pelo governo para conter a inflação, ou seja, mesma medida adotada pelo Plano Cruzado:

APLICAÇÕES EM CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM VALOR DE RESGATE PRÉ-FIXADO - CDB. DL 2.335 DE 12.6.1987 (CONGELAMENTO DE PREÇOS E SALÁRIOS POR 90 DIAS). PLANO BRESSER. DEFLAÇÃO. TABLITA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ALTERAÇÃO DE PADRÃO MONETÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

O plano Bresser representou alteração profunda nos rumos da economia e mudança do padrão monetário do país. Os contratos fixados anteriormente ao plano incorporavam as expectativas inflacionárias e, por isso, estipulavam formas de reajuste de valor nominal. O congelamento importou em quebra radical das expectativas inflacionárias e, por consequência, em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A manutenção íntegra dos pactos importaria em assegurar ganhos reais não compatíveis com a vontade que deu origem aos contratos. A tablita representou a consequência necessária do congelamento como instrumento para se manter a neutralidade distributiva do choque na economia. O decreto-lei, ao contrário de desrespeitar, prestigiou o princípio da proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º XXXVI, da CF) ao reequilibrar o contrato e devolver a igualdade entre as partes contratantes.<sup>154</sup>

Por fim, além da defesa das garantias da segurança jurídica e do direito adquirido, o princípio da igualdade perante encargos públicos, já tratado no item 3.4, tem suma importância para a análise do caso Varig. Como exposto, segundo a lição de Canotilho<sup>155</sup>, a vida em sociedade exige que cada cidadão arque com custos para a manutenção do aparato estatal e aquele que sofrer maiores encargos pela implantação de uma política pública deve ser indenizado.

<sup>152</sup> MENEZES DE ALMEIDA, 2012, pp. 361-362.

<sup>153</sup> TEIXEIRA, 1957, *apud* MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 219.

<sup>154</sup> RE 141.190/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ. 26.05.2006.

<sup>155</sup> CANOTILHO, 1993, p. 373.

A partir de uma análise principiológica, portanto, parece a companhia aérea possuir o legítimo direito a ser ressarcida pela União.

#### **b. Dano direto à companhia**

Como ressaltado no ponto 3.3, o dano direto é constituído por uma relação próxima entre a medida geral e o objeto do contrato. Em outras palavras, é necessário um nexo de causalidade evidente entre o desequilíbrio contratual e o fato do príncipe.

A União defendeu que a companhia não teve sucesso ao demonstrar que algum agente público, nessa qualidade, independentemente de dolo ou culpa, causou dano a outrem pela implantação de um plano econômico. Enfatizou, ademais, que a única forma de demonstrar a existência de alegado prejuízo, ocasionado pelo rompimento da equação contratual econômico-financeira, teria sido através da análise das margens de lucro da empresa, o que não foi feito pela perícia.

Também o Ministério Público Federal sustentou que o prejuízo, configurado no desrespeito pela União à imposição constitucional de equilíbrio contratual, somente poderia ser comprovado após a análise pericial de fatores como a prudência nos investimentos, a modéstia na margem de lucro e a eficiência do serviço prestado pela empresa contratada.

Ocorre que o argumento não foi considerado pelos Ministros da Corte, uma vez que análise dos elementos esbarra no óbice da Súmula 279 do STF, a qual veda o reexame de provas em sede extraordinária.

Ainda que assim não fosse, tais argumentos não mereciam prosperar. A apuração da quebra da equação financeira exige tão somente a apuração da diferença entre a tarifa, que contratualmente deveria ser reajustada ao longo do tempo, segundo as planilhas do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias (SNEA), e a que foi autorizada pelo Departamento de Aviação Civil (DAC), de acordo com o Plano Cruzado. Tal defasagem foi devidamente atestada pelo laudo pericial:

Em síntese, foi possível observar que, no período sob análise, as tarifas autorizadas pelo Poder concedente e efetivamente praticadas pelo setor refletiram, por vários períodos, as estruturas de custos demonstradas pelas planilhas elaboradas e calculadas pelo SNEA e encaminhadas ao DAC. Por outro lado, em diversos momentos do período analisado, a política de fixação das tarifas não adotou os parâmetros contidos na referidas planilhas.

E é exatamente esta diferença percentual existente, dia a dia, entre o nível tarifário calculado e demonstrado pela planilhas SNEA, que refletem a variação de custos do setor e aquele aprovado pelo Poder concedente, neste ponto denominada 'defasagem

tarifária', a questão crucial deste Laudo Pericial, ponto de partida de todos os demais cálculos requeridos.<sup>156</sup>

Estando configurado o dano, cumpre identificar quem lhe deu causa e quem deveria ser responsabilizado.

Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, a responsabilização do Poder Público pela quebra da equação financeira não pode ocorrer senão no caso de alteração das cláusulas contratuais unilateralmente pela Administração, o que não teria sido pleiteado pela Varig. É que, ainda que se caracterizasse o dano, atos legislativos editados pelo governo federal para combater a hiperinflação não poderiam ser causas de imputação de responsabilidade. Percebe-se, desta forma, que o magistrado não reconhece o dano causado como parte da álea extraordinária administrativa e não admite, portanto, o dever de ressarcimento por fato do príncipe neste caso.

Ademais, para o Ministro, o dano sequer está localizado na álea extraordinária econômica, referente a teoria da imprevisão. Com efeito, consta nos autos que o contrato de concessão foi assinado o dia 8.07.1988, com respaldo no Decreto n. 95.910/88, isto é, foi firmado após o começo do período econômico de hiperinflação, assim como depois da implantação do Plano Cruzado. Segundo o raciocínio do ministro, a Varig, quando contratou, era ciente não somente da situação econômica do país, como também das tentativas governamentais voltadas ao combate da inflação.

A esse respeito, o julgador lembrou as palavras de Maurice Hauriou, o qual asseverou que, apesar da teoria da imprevisão ter surgido durante a Primeira Guerra Mundial (devida ao aumento dos preços de matérias primas que esse conflito gerou), tal teoria não se aplicava aos contratos firmados após o começo daquele conflito, uma vez que naquela época os contratantes já poderiam prever as consequências econômicas. Infere-se, portanto, do voto do Ministro que o dano sofrido pela companhia estaria no bojo da álea contratual ordinária, cujo ônus incumbe exclusivamente à concessionária.

O raciocínio de Teori Zavaski, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o caso, em Resp., foi no mesmo sentido de não responsabilização do Poder Público pelo suposto dano causado. Ele entendeu que os usuários do transporte aéreo é que foram os beneficiários do congelamento de preços e não caberia ao poder concedente arcar com possíveis prejuízos da companhia:

---

<sup>156</sup> Acórdão do RE 571.969/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 18.09.2014, p. 51.

O que se enfatiza é a distorção produzida a partir da sua constatação, com base na qual, não se atentando para o nexo causal, induziu-se, sem maior questionamento, que a União – tal qual fiadora universal e incondicional da concessionária - tem responsabilidade pelos valores a descoberto, os quais, não tendo sido assumidos pelo usuário, devem ser agora indenizados. Ora, isso importa criar, em favor das concessionárias do serviço de transporte aéreo, uma espécie nova de responsabilidade do Estado, muito mais abrangente e mais profunda que a estabelecida na Constituição para os danos decorrentes de atos de seus próprios agentes (que, segundo a jurisprudência do STF, abrange apenas os efeitos diretos e imediatos produzidos pela conduta).<sup>157</sup>

No entanto, tal argumento parece ilógico. Ora, a responsabilização por uma lesão a direito é imputada, não àquele que foi beneficiado pela conduta danosa, mas sim àquele que lhe deu causa, nos termos do art. 927 do Código Civil. Como o nexo causal entre a ação do poder concedente e o prejuízo sofrido pela empresa foi comprovado, a Administração Pública deve ser responsabilizada objetivamente, nos termos do art. 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal de 1988.

De fato, a análise acerca do elemento culpa não importa no caso em apreço. Cumpre lembrar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Laubadère registra que: ‘as ações intervencionistas do Estado são naturalmente suscetíveis de causar prejuízos e dão lugar, assim a um abundante contencioso de responsabilidade’. Após examinar hipóteses de responsabilidade, por ‘falta do serviço’, em matéria econômica, registra causa de responsabilidade sem culpa, ocorrentes neste domínio. E aqui traz à colação dois arrestos, *Société la Fleurette* (C.E, 14.1.38) e *Cauchereux* (C.E., 21.1.44), dos quais o primeiro é famosíssimo. [...] O precitado Waline, de fora parte o registro dos referidos casos de responsabilidade por danos gerados por leis que dispondo sobre matéria econômica agravaram particularmente dada empresa, cogita, ainda, de situações peculiares neste domínio, onde, por força de medidas administrativas, haverá dano e também não haverá falar em culpa.<sup>158</sup>

Como bem ressaltou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto: “*no Brasil, se adota a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, e essa responsabilidade objetiva está plasmada, com todas as letras, na Constituição, e tem como base o risco administrativo. O que significa isso? Significa que o Estado pode perfeitamente, como resultado de uma atividade normal, legítima, lícita, causar danos a terceiros e ser responsabilizado por isso, independentemente de se perquirir a eventual culpa do Estado. Basta que se estabeleça, como se estabeleceu nos autos, o nexo de causalidade entre o dano e a ação estatal*”.

Cabe ressaltar, por fim, um único argumento interessante, em prol do Poder Público, trazido pelo Ministro Teori Zavaski, ao julgar o caso no Superior Tribunal de Justiça. De

<sup>157</sup> Acórdão do RE 571.969/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 18.09.2014, pp. 114-115.

<sup>158</sup> BANDEIRA DE MELLO, 1982, pp. 75-83.



acordo com o magistrado, se todas as despesas da Varig tivessem sido atendidas pela tarifa aérea doméstica, reajustada de acordo com o contrato, isso significaria a necessidade de fixar o preço da passagem em valor tão absurdamente elevado para a época que inviabilizaria qualquer demanda pelos pretensos passageiros.

Tal linha de raciocínio, se não eximisse de responsabilidade a Administração Pública, certamente reduziria consideravelmente o valor da indenização a ser paga à companhia aérea. Em outras palavras, a manutenção do preço das tarifas abaixo daquele que deveria ser aplicado, certamente acarretou uma maior procura por passagens, compensando, pelo menos parcialmente, os prejuízos sofridos pela concessionária.

No entanto, tal argumentação não foi devidamente desenvolvida pela União e, para que tivesse sido comprovada, as perícias realizadas nas instâncias ordinárias deveriam ter feito uma análise da elasticidade preço-demanda, o que aparentemente não foi realizado. De fato, era importante, para a perfeita aferição do dano, saber exatamente qual foi o real impacto no aumento da procura por passagens a partir do congelamento de preços das tarifas. No entanto, isso não poderia ser realizado no STJ, em vista de sua súmula 7, tampouco no STF, considerando a súmula 279 do Tribunal<sup>159</sup>.

Conclui-se, assim, que resta comprovado o dano direito ocasionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão pelo congelamento das tarifas, executado pelo Poder Público. Ainda que o dever de ressarcimento à companhia pudesse ter sido compensado pelo aumento da demanda por passagens, estes cálculos não foram devidamente demonstrados pela perícia e não merecem ser considerados em sede de Recurso Extraordinário.

### **c. Impacto do dano**

Comprovado o dano direto à companhia aérea, cabe agora saber se o prejuízo da concessionária foi significativo.

No que tange a esse assunto, o Ministro Joaquim Barbosa inicia seu voto defendendo que a ex-concessionária pretendia que seu sucesso dependesse exclusivamente da ação do Estado. Para ele, é inverossímil que a ausência de reajuste das tarifas da empresa tenha causado a ruína do negócio. De fato, o pedido da Varig em nenhum sentido se apoia na alegação de que a própria execução do serviço estaria ameaçada, até porque a atividade empresária cessou muito tempo depois de proposta a ação.

---

<sup>159</sup> Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

Para o ministro, a perspectiva de pagamento da indenização pleiteada serviu como garantia contra a má-gestão da companhia, como se os problemas financeiros fossem ser resolvidos por meio de um “seguro judicial”. Desta forma, ele defende que os prejuízos da Varig teriam sido ocasionados por seu próprio modelo de gestão e pelas circunstâncias de mercado.

A análise da questão é importante, para o magistrado, porque se tratando de serviços regulados, o equilíbrio econômico-financeiro dependeria de uma avaliação da consistência da condição da empresa, que era invejável no mercado de transportes aéreos, haja vista seu monopólio de cerca de 70% dos voos internacionais em liberdade tarifária. A presença dessa substancial fonte de receitas internacionais seria, então, um fato relevantíssimo, desconsiderado pelas outras instâncias, descaracterizador da culpa exclusiva da União pelos prejuízos alegados.

De acordo com o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa, a existência dessas receitas internacionais seria suficiente, inclusive, para afastar o precedente relativo ao RE 183.180, na qual foi deferida indenização pleiteada, por motivo semelhante, à Transbrasil S/A, que, à época dos fatos, não possuía relevância no mercado de voos internacionais. A injunção de que a condição financeira deficitária da Varig tenha algo a ver com as consequências do Plano Cruzado foi insuficientemente demonstrada, segundo o magistrado.

Também utiliza essa linha de raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes, para quem a União não pode existir como avalista ou seguradora universal, já que isto vai de encontro à lógica responsabilidade civil do Estado, ainda que objetiva. O magistrado sustenta-se no voto do Ministro Teori Zavaski, a respeito do mesmo litígio no STJ:

Não se trata, diga-se outra vez, de questionar a verdade dos fatos apurados. Não se nega que a União fixou tarifas aéreas domésticas abaixo do valor solicitado. Não se nega, também, que as receitas da Varig não foram suficientes para cobrir todas as suas despesas. Mas daí a afirmar que há relação necessária de causa e efeito entre os dois fatos vai uma distância muito grande.<sup>160</sup>

No entanto, com a devida vênia, tais considerações acerca do impacto do congelamento de tarifas nas contas da empresa não são importantes para o julgamento do caso. No ponto 3.4, quando foi defendida a necessidade de comprovação de um dano substancial para a caracterização do fato do príncipe e o conseqüente dever do Poder Público em recompor o contrato ou indenizar o particular, buscava-se afastar pretensões de ressarcimento relativas a pequenos prejuízos que não interferiram de forma significativa no

---

<sup>160</sup> Acórdão do RE 571.969/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 18.09.2014, p. 114.

equilíbrio contratual. Seria como a aplicação do princípio da insignificância da lesão a um bem jurídico, tão utilizada no Direito Penal.

Pretendia-se, assim, impedir a judicialização de pedidos de ressarcimento por encargos ordinários correspondentes a custos da vida em sociedade. Cabe destacar que, para a análise da relevância do dano, não há que se considerar, como referencial, toda a situação econômica da companhia, mas sim a grande magnitude do impacto da medida da Administração na equação contratual celebrada, o que foi demonstrada pelo laudo pericial:

Em fevereiro de 1986, o Plano Cruzado congelou por um ano todos os preços da economia, inclusive as tarifas aéreas que já se encontravam defasadas em 29%, em decorrência do agravamento dos custos operacionais do setor verificado no último bimestre de 1985 (inclusive com dissídio dos aeronautas e aeroviários em dez/85) e em janeiro de 1986.

O primeiro reajuste concedido após o congelamento de preços ocorreu em fevereiro de 1987, alcançando apenas 30%, embora já estivesse calculada a defasagem acumulada de 53,8% ao final de 1986. A partir de então, os reajustes concedidos pelo Governo ora acompanharam os estudos apresentados pelas Planilhas SNEA [Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias] ora eram autorizados de forma aleatória. Além disso, referidos reajustes nem sempre foram concedidos de forma tempestiva. [...]

- a) 1986: a defasagem tarifária média situou-se em 29%, não havendo períodos de equilíbrio tarifário;
- b) 1987: a defasagem tarifária média foi menor, situando-se em 18%, havendo momentos de equilíbrio tarifário nos meses de maio, junho e julho;
- c) 1988: este foi o exercício fiscal com menor defasagem tarifária média, cujo índice ficou em 6,2%, tendo havido momentos de equilíbrio tarifários nos meses de janeiro a julho, novembro e dezembro;
- d) 1989: a defasagem tarifária média voltou a subir, atingindo 19,3%, embora tenha sido verificado momentos de equilíbrio tarifário nos meses de janeiro, fevereiro, junho a agosto e dezembro;
- e) 1990: a defasagem tarifária média foi novamente reduzida para 7,1%, tendo sido registrados momentos de equilíbrio tarifário nos meses de março a julho, outubro e novembro;
- f) 1991: a defasagem tarifária média voltou a subir, atingindo 19,0%, tendo sido verificado equilíbrio tarifário apenas nos meses de janeiro, junho e julho;
- g) 1992: a defasagem tarifária média do único mês analisado (janeiro) foi de 16,0%.<sup>161</sup>

É irrelevante, portanto, se o congelamento de preços foi ou não fator essencial para a piora da situação financeira da concessionária, que acabou por entrar em processo de recuperação judicial em 2005. Assim, pelo exposto, a significância do dano na equilíbrio econômico do contrato firmado restou plenamente demonstrado pela perícia técnica.

---

<sup>161</sup> Acórdão do RE 571.969/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 18.09.2014, pp. 50-51.

#### d. Especialidade do prejuízo

Por fim, foi defendido no ponto 3.3 que, para a satisfação de pretensões indenizatórias por fatos do príncipe, há de ser comprovada a especialidade do dano sofrido pelo contratado. Sem isso, a própria coletividade, representada pela Administração, acabaria por ressarcir toda a sociedade que arcou com os ônus da medida geral e que solicitaria o ressarcimento de seus prejuízos.

Tal paradoxo é vedado, por exemplo, como consequência da edição de uma limitação administrativa. Neste sentido, é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em suma: há também responsabilidade do Estado por atos legítimos, se eles rompem a igualdade perante os encargos públicos, produzindo danos especiais e anormais, que incidem apenas sobre um ou uns poucos, os quais ficam particularmente onerados pela medida tomada no interesse geral. Aliás, na área econômica este fundamento da responsabilização calha com muita oportunidade. [...] Chama a atenção para o fato de que o dirigismo econômico pode ser fonte de danos, produzidos para atender a um interesse geral e sem culpa do Estado, que incidem de modo particular sobre certo ou certos indivíduos. Observa que ordens e contra-ordens estatais, suscitadas pela conjuntura econômica, como alterações de mercado e outros fatores do gênero, podem causar para um ou alguns poucos industriais um gravame particular, especial. Anota que, não estando em pauta questão de 'falta de serviço', a responsabilização estatal terá cabimento com base no princípio da igualdade.<sup>162</sup>

No entanto, a difícil comprovação deste dano diferenciado é o principal motivo das divergências jurisprudenciais em torno do ressarcimento por fatos do príncipe em contratos de concessão e pode-se dizer que esta é precípua questão discutida no litígio em análise.

O Ministro Joaquim Barbosa reconhece, em seu voto, a especialidade do dano como condição para a excepcional responsabilização estatal por medidas gerais:

Não me parece demasiado enfatizar, aqui, a absoluta excepcionalidade da responsabilidade estatal por ato de caráter genérico e impessoal, conceito que me parece abarcar a medida de congelamento de preços, tal como descrita nos presentes autos. Conforme fiz questão de ressaltar no julgamento do RE 424.584, Segunda Turma, a ideia de responsabilidade civil do Estado em razão de ato de caráter legislativo é excepcionalíssima. Além disso, a responsabilidade civil do Estado tem por requisito a constatação da especialidade do dano em relação ao postulante da indenização. Assim, se o dano é genérico, não há por que indenizar. Tratando-se, portanto, de examinar o caso sob o prisma da responsabilidade do Estado por atos legislativos, a contribuição do direito francês parece-me indispensável, tendo em vista que foi na França que esse tipo de responsabilidade foi conceitualmente elaborado. "*La responsabilité du fait des lois*" configura uma das hipóteses de responsabilidade por rompimento da igualdade perante os encargos públicos. Para sua configuração, conforme a jurisprudência administrativa do Conselho de Estado, é absolutamente necessário, em primeiro lugar, que o prejuízo causado pela lei seja

<sup>162</sup> BANDEIRA DE MELLO, 1982, p. 75-83.

especial (isto é, que ele atinja de forma especialmente contundente, digamos assim, determinados membros da coletividade) e anormal (ou seja, possua certo grau de importância).

Esses dois elementos são suficientes para afastar quase todas as hipóteses de suposta responsabilidade por ato legislativo, uma vez que a lei quase sempre possui como características fundamentais a abstração e a generalidade.<sup>163</sup>

O magistrado entende que, no caso em análise, o congelamento de preços não afetou de maneira exclusiva a empresa Autora. As consequências do ajuste foram sentidas em vários setores da economia, bem como por todos os cidadãos. Levando-se em consideração o interesse geral buscado pelo controle da economia e a absoluta excepcionalidade do reconhecimento da responsabilidade do Estado por ato legislativo de caráter abstrato, seria impossível falar em prejuízo decorrente de ato legislativo no caso.

O Ministro opôs-se, assim, ao entendimento da Corte no caso Transbrasil, quando o Tribunal considerou que o contrato de concessão seria razão para o tratamento diferenciado da empresa de transporte aéreo em relação aos seus usuários. De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa, o contrato efetivamente garante um nível de proteção maior, mas não se pode desconsiderar a universalidade do impacto da medida de congelamento.

De fato, no serviço de transporte aéreo, a remuneração é feita a partir de tarifas pagas pelos principais atingidos pelos planos econômicos, isto é, os consumidores. Por que conceder ressarcimento somente à concessionária e não aos usuários, que também sofreram com as medidas econômicas? Tal raciocínio impossibilitaria, segundo o ministro, o tratamento diverso dos dois lados da equação e a concessão de indenização à Varig.

Tampouco o Ministro Gilmar Mendes reconheceu o caráter especial do dano sofrido pela companhia aérea:

E eu digo então: causa certa espécie que, agora, passados tantos anos, vencido o fantasma da inflação – *Gott sei Dank* –, esteja em pauta a pretensão de segmento específico, como se este fora afetado e os demais não. Como se apenas essa empresa e aquelas do segmento aéreo tivessem sido afetadas pelo congelamento de preços, como se apenas o preço de bilhetes aéreos – e, aqui, uma sofisticaria: bilhetes aéreos domésticos e, ainda, os bilhetes aéreos domésticos vendidos, porque a taxa de ocupação não era plena – não tivesse sido reajustado, e não, também, os salários, os aluguéis e outras obrigações pecuniárias.<sup>164</sup>

Para o ministro, cancelar a tese da companhia significaria privilegiar determinado setor da economia, caracterizando a União como uma seguradora universal. No mesmo sentido, foi o posicionamento da Procuradoria-Geral da República: “[...] *haja vista que o*

<sup>163</sup> Acórdão do RE 571.969/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 18.09.2014, p. 82.

<sup>164</sup> Acórdão do RE 571.969/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 18.09.2014, p. 111.

*questionado desequilíbrio econômico-financeiro, acaso existente, ocorreu em razão de política pública extensível a todos, e não somente à recorrida, havendo toda a coletividade suportado seus efeitos, com o objetivo de se equilibrar as contas públicas, não havendo se falar, por isso, na responsabilidade da União em indenizar a recorrida pelos alegados prejuízos financeiros”<sup>165</sup>.*

No entanto, a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, entendeu que a especialidade do dano encontrava-se configurada na circunstância de que, como concessionária de um serviço público, a Varig possui posição jurídica diferenciada dos outros particulares, até mesmo dos outros contratados pela Administração. De fato, a fixação da remuneração, em acordos de concessão, é feita segundo determinada política econômica do Poder Público. Se essa política foi alterada pelo Plano Cruzado, houve, então, quebra do equilíbrio econômico-financeiro, garantido constitucionalmente.

Esse foi o entendimento do Supremo no caso Transbrasil:

Não há, porém, como pretender assimilar a índole dos danos porventura causados pela adoção de determinada política econômica às pessoas em geral, diretamente sujeitas como súditos à autoridade do Estado, à natureza de outra relação juridicamente diversa, contraída com quem esteja ele vinculado por liame contratual. Sobretudo quando esse contrato é objeto de especial amparo da Constituição (art. 167, II, da Carta de 1967), durante cuja vigência (a presente ação foi ajuizada em 2-9-88) verificou-se a insuficiência tarifária, causadora da ruptura do equilíbrio financeiro da concessão, imputada a atos omissivos ou comissivos do Poder Público, e arbitrada, em seus efeitos financeiros, pela prova pericial acolhida nas instâncias ordinárias. Nem haveria de ser a observância de um decreto-lei escusa válida para o descumprimento da garantia constitucional.<sup>166</sup>

Assim, apesar de toda a sociedade ter sido submetida aos planos econômicos, impuseram-se à empresa prejuízos especiais, pela sua condição de concessionária de serviço, vinculada às inovações contratuais ditadas pelo poder concedente. O mesmo Poder Público que fazia exigências relativas ao serviço adequado, descumpria o contrato de concessão, negando à companhia a justa tarifa.

Neste sentido, também é o voto do Ministro Luis Roberto Barroso, para quem, de fato, as políticas econômicas da época afetavam toda a população, o que nem poderia ser diferente, uma vez que o regime monetário é um só. Nada obstante, a Varig era uma concessionária de serviço público e exercia a sua atividade nos termos de um contrato. Esse contrato estabelecia normas sobre a fixação das tarifas, em atenção à Constituição que exigia (e ainda exige) a observância do equilíbrio econômico do ajuste.

---

<sup>165</sup> Acórdão do RE 571.969/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 18.09.2014, p. 22.

<sup>166</sup> RE 183.180, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 01.8.1997.

Como exposto, a União tem competência para legislar na matéria econômica, mas não para descumprir um contrato que firmou. Essa conduta revela-se particularmente danosa quando voltada a uma concessionária, que, por sua qualidade, não tem liberdade para ajustar sua atividade à perda de receita.

Pode-se concluir, assim, que, em face dos direitos dos usuários e das prerrogativas da Administração, o direito da empresa resta reduzido na seguinte fórmula intangível, segundo Lucas Rocha Furtado: cumpra-se o contrato<sup>167</sup>.

Com isso, devem ser afastados argumentos relacionados a políticas públicas, que acabam por prevalecer sobre o interesse do particular. Com a devida vênia, é incabível o raciocínio do Ministro Joaquim Barbosa, para quem a Varig interpretou equivocadamente o acordo de concessão “*como se o período que resguarda a viabilidade econômica das linhas fosse mais importante do que aquele que se destina a incentivar a disseminação do transporte aéreo no país*”<sup>168</sup>.

Ora, razões de interesse público, como demonstrado ainda no ponto 1.2, não podem ser usadas para exonerar a Administração de sua responsabilidade e o Judiciário tem, por isso, o dever de proteger os particulares, como adverte García de Enterría, com base em Toqueville:

*Me amparé, para concluir, en unas graves y hermosas palabras de Alexis de Tocqueville: “Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista [...].*

*Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tempo en que el ojo la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales han sido, en todos los tempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan.*<sup>169</sup>

Mesmo o Ministro Gilmar Mendes, vencido no caso em apreço, admite, em sua obra, que “*a invocação de preceitos de ordem pública para afastar a incidência de cláusulas contratuais sob a vigência da lei nova afigura-se em manifesta contradição com a orientação amplamente dominante da doutrina e jurisprudência brasileiras*”<sup>170</sup>.

<sup>167</sup> FURTADO, 2010, p. 588.

<sup>168</sup> Acórdão do RE 571.969/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 18.09.2014, p. 71.

<sup>169</sup> ENTERRÍA, 1983, pp. 107-109.

<sup>170</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 406.

De fato, a apreciação, pelo Judiciário, de questões pragmáticas relacionadas com políticas públicas levaria ao proferimento de sentenças sem base legal e em contradição com a jurisprudência.

Percebe-se que o julgamento do caso Varig foi constantemente pautado por tal tipo de fundamentação, também em outras instâncias judiciais. Como exemplo, tem-se a manifestação do Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, que defendeu até mesmo a reanálise de provas periciais no julgamento do Recurso Especial, unicamente em vista do valor da causa, em desacordo com a Súmula 7 do referido Tribunal. Veja-se:

Em *obiter dictum*, cabe ressaltar que o simples fato de estarmos aqui diante da maior indenização já vista na América Latina por alegados danos decorrentes do controle estatal de preços, que a todos afetou – pessoas jurídicas e pessoas físicas, ricos e pobres – já bastaria para inspirar no Tribunal *ad quem* uma genuína e incontrolável inquietação, para não dizer perplexidade, que por certo o levaria [...] a profundamente reapreciar todas as questões técnicas envolvidas.<sup>171</sup>

O fato é que o Plano Cruzado, conquanto não tenha se afastado do princípio da legalidade, tendo sido justificado por imperioso interesse do Estado e, principalmente, da sociedade brasileira, provocou direta e especialmente danos à companhia, que nada poderia fazer além de cumprir seu dever de continuar prestando o serviço público.

Comprova-se, desta forma, a especialidade do dano sofrido pela companhia, vez que fora descumprida cláusula econômico-financeira em um acordo de concessão de serviço público, qual impedia a solução de continuidade nos transportes aéreos de passageiros.

### 4.3 Considerações finais

A última parte desta monografia foi dedicada à aplicação prática de todo o estudo teórico realizado nos primeiros três capítulos. Para tanto, analisou-se o impacto, em contratos de concessão de serviços públicos, das políticas econômicas gerais do governo, emanadas por meio de lei, por serem os mais frequentes fatos do príncipe no Brasil.

Buscou-se, assim, identificar uma postura adequada do Judiciário para conceder, ou não, o reequilíbrio contratual ou indenização por fatos do príncipe em casos concretos. O caso Varig (RE 571.969/DF) foi utilizado como paradigma para esta análise.

---

<sup>171</sup> Acórdão do RE 571.969/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 18.09.2014, p. 111.



Muito embora o acórdão do STF tenha parecido parcialmente correto no que diz respeito ao deferimento de indenização à companhia aérea, as argumentações utilizadas pelos ministros foram objetos de críticas. De fato, com o devido respeito, foi impertinente a utilização de premissas relativas a políticas públicas, sem fundamentação legal, como a defesa da política econômica sobre os direitos constitucionais do concessionário ou a mudança de postura das Cortes Superiores unicamente em vista do valor da causa.

Também foi feita uma ressalva em relação ao cálculo da indenização concedida à companhia aérea, que, ao que parece, não levou em conta a compensação, ainda que parcial, dos prejuízos sofridos com o aumento da demanda por passagens, oriundo do congelamento de tarifas.

Por fim, defendeu-se a utilização de padrões claros e lógicos para a apreciação da matéria, com base nas características, elencadas no ponto 3.3, dos danos gerados por fatos do príncipe que acarretam a recomposição contratual ou o dever de reparação pelo Estado. São atributos dessas lesões: estarem em desacordo com princípios jurídicos e serem diretas, especiais e significativas.

No que tange à análise principiológica, foi demonstrado como as garantias da segurança jurídica, direito adquirido e igualdade perante os encargos públicos foram atacadas a partir do congelamento de tarifas.

Já no que diz respeito ao nexo de causalidade direto entre a lesão e a atuação do Estado, restou comprovada a diferença entre a tarifa prevista contratualmente e a que foi autorizada pelo Departamento de Aviação Civil (DAC), em cumprimento ao Plano Cruzado. Neste ponto específico, foi criticada a defesa da União, acatada pelo MPF, de que os prejuízos decorrentes de atos governamentais não se mostraram perfeitamente demonstrados.

Em relação ao impacto significativo da política econômica da Administração Pública no equilíbrio contratual, a perícia técnica foi precisa em demonstrar a alta defasagem percentual da tarifa. Pelo propósito da análise acerca da magnitude do dano no equacionamento econômico firmada, teve-se como impertinente argumentação de alguns magistrados da Corte, que aduziram que congelamento não foi fator essencial para a piora da situação financeira da concessionária.

Por fim, centrou-se naquilo que é o mais difícil de ser comprovado no caso concreto e que é requisito essencial para o cabimento de recomposição contratual ou indenização: a especialidade do dano causado. Para tanto, pautou-se na existência de um contrato de concessão, que garante ao concessionário a manutenção da justa tarifa e que impede a interrupção na prestação dos serviços públicos pelo contratado.

Verifica-se, assim, que, somente através de um método objetivo, causas milionárias, relativas à responsabilidade estatal em contratos de concessão por fatos do príncipe, poderão ser adequadamente solucionadas. Argumentos descabidos utilizados em vários julgados acabam por causar ainda mais insegurança jurídica sobre o tema. Para ser possível a satisfação de interesses do concessionário, é necessária a comprovação da satisfação perfeita de critérios relativos às próprias características do dano indenizável, ocasionados por fato do príncipe.

## CONCLUSÃO

Conclui-se, ao término deste trabalho, que os principais fatos do príncipe emanados pelo governo e que incidem diretamente sobre contratos de concessão de serviço público são medidas econômicas editadas por leis gerais e abstratas. São geradas, assim, pretensões de recomposição contratual ou de indenização, envolvendo enormes montantes, que abarrotam os tribunais.

Para sanar controvérsias em torno da satisfação ou não de tais anseios no caso concreto, é importante a retomada de toda a construção teórica desenvolvida neste trabalho monográfico.

Primeiramente, ficou demonstrado que não restam dúvidas de que os acordos celebrados pela Administração Pública possuem natureza contratual, em vista de sua função como instrumentos de paz social e seu caráter consensual. Isso porque a aparente incompatibilidade entre cláusulas exorbitantes e a regra do *pacta sunt servanda* é superada pela adoção de um regime jurídico específico, que se propõe a harmonizar os interesses público e privado.

Assim, em busca da composição desses interesses, verifica-se que o que realmente diferencia um contrato administrativo das demais convenções não é a suposta incidência de um falso princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, mas tão somente algumas prerrogativas da Administração Pública. Como foi defendido, a concepção autoritária em sentido contrário constitui um risco à democracia e à própria atratividade da contratação.

Na concepção de contrato administrativo adotada, ganha relevo, portanto, a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro firmado, decorrente de princípios civilistas, por ser a maior proteção do contratado perante o Poder Público.

No entanto, vez que se trata de um equilíbrio dinâmico, a manutenção da equação contratual acarreta enormes dificuldades. A identificação das situações em que deve ser recomposta a avença, bem como a forma como essa deve se dar, são desafios à jurisprudência e à doutrina, sobretudo em contratos a longo prazo, como os de concessão de serviços públicos.

É que, como demonstrado, tais acordos possuem algumas singularidades decorrentes da sua proposta de compatibilização de duas ideias, a princípio, conflitantes: a do serviço público adequado e a do empreendimento rentável. De fato, a principal dificuldade para a

manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pactuado decorre da pro mutabilidade causada por ambas as concepções a serem harmonizadas.

Ocorre que a concessão somente é bem-sucedida se for mantida essa equação contratual estabelecida. Para tanto, foi defendido que é de suma importância a redução dos diferentes riscos contratuais, inerentes ao caráter mutável do acordo, bem como distribuí-los de maneira adequada, sobretudo através da boa elaboração de um edital de licitação prévio à contratação do concessionário. Neste sentido, concorda-se com a análise de Marçal Justen Filho:

A “nova” concessão se diferencia pela noção de “comunhão” entre Estado, concessionário, cidadão e usuário (efetivo ou potencial). Não se admite a simples invocação de um “interesse público abstrato” como fundamento para sacrifício de direitos e interesses privados. Os concessionários tem de aprimorar a qualidade de seus serviços e a eficiência de sua gestão. Os usuários devem ter a consciência de que o êxito da concessão refletir-se-á na manutenção de serviços adequados e tarifas módicas. [...]

A utilização intensa do modelo da concessão pressupõe alteração de (antigas) concepções e adoção de novas regras sobre concessões, o que significa inovações significativas já por ocasião das licitações.

O instrumental jurídico clássico reflete modelos socioeconômicos e políticos que não mais existem. A implantação das novas propostas tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos jurídicos compatíveis. O tema será analisado [...] quando do exame das novas configurações tarifárias, envolvendo o que se denomina de concepção dinâmica da equação econômico-financeira.

Vê-se, assim, a importância da correta utilização dos principais instrumentos de reequilíbrio contratual (o reajuste e a revisão das tarifas) em um modelo atualizado de concessão. Por isso, foi defendido que o manuseio de tais mecanismos não pode, de nenhuma maneira, ser pautado por critérios discricionários da Administração em recompor ou não a remuneração do concessionário, como demonstra a jurisprudência norte-americana.

Desta forma, buscou-se identificar quando o reequilíbrio deve ser executado e, para tanto, foram delimitados os riscos que correm por conta do Poder Público e aqueles que são imputados ao contratado. A teoria das áleas contratuais se mostrou muito útil para esse propósito, dentro da qual encontra-se a teoria do fato do príncipe, parte da álea extraordinária administrativa.

Por possuir o fato do príncipe centralidade no desequilíbrio das tarifas de concessão de serviços públicos, sobretudo quando corresponde a políticas econômicas, ele foi cuidadosamente conceituado como uma lesão patrimonial extracontratual derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito. Também foi minuciosamente diferenciado de outros institutos que compõe as áleas contratuais, especificamente, da teoria da imprevisão, da modificação

contratual unilateral e da teoria do fato da Administração, já que a confusão em torno de tais conceitos é, certamente, a razão de tantas decisões judiciais contraditórias sobre o tema.

Em nenhum momento, portanto, foi defendida a absoluta proibição da edição de fatos do príncipe pelo Poder Público para a realização de ideais de justiça e ordenação econômico-social positivadas na Constituição. A ocorrência de tais medidas da Administração foi inclusive prevista pela Lei n. 8.987/95 e pelos recentes editais de licitação do governo federal.

Tampouco foi aduzido que a proteção aos contratos deve ser absoluta, em desconsideração total às políticas econômicas da Administração. O que se ressaltou foi o dever do Estado em ressarcir o concessionário quando a implantação de políticas econômicas não considera os direitos dos particulares e não são usadas disposições legais transitórias adequadas:

A aplicação das leis não se reconduz, de forma radical, a esquemas dicotômicos de estabilidade/novidade. Por outras palavras: entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova norma, existem soluções de compromisso plasmadas em normas ou disposições transitórias. Os instrumentos do direito transitório são vários: confirmação do direito em vigor para os casos cujos pressupostos se gerarem e desenvolverem à sombra da lei antiga; entrada gradual em vigor da lei nova; dilação da *vacatio legis*, disciplina específica para situações, posições ou relações jurídicas imbricadas com as “leis velhas” e com as “leis novas”.

No plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não *necessária e indispensável* uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma *justa, adequada e proporcionada*, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações, situações – anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor.<sup>172</sup>

Para a identificação das circunstâncias em que há o dever de reequilíbrio contratual pelo Poder Público, foi analisado em profundidade o modelo teórico relativo ao fato do príncipe indenizável. Buscou-se, assim, aumentar as chances de sucesso da parceria entre concessionário e concedente, bem como diminuir a litigiosidade sobre a temática.

No entanto, de nada a serve a pesquisa sem aplicabilidade prática. Por isso, foi analisado o Recurso Extraordinário 571.969/DF (caso Varig), julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no primeiro semestre de 2014, que tratava do dever da União Federal em indenizar concessionária por prejuízos causados pelo congelamento de preços das tarifas de passagens aéreas no bojo do Plano Cruzado.

Foram rechaçados argumentos descabidos utilizados no julgamento do processo em diversas instâncias judiciais, tais como os relacionados a: políticas públicas, impacto do

---

<sup>172</sup> CANOTILHO, 2003, p. 263.

prejuízo na saúde financeira da concessionária, reflexos da pleiteada indenização bilionária no orçamento estatal e supremacia do interesse público sobre o direito constitucional do contratado. Viu-se, assim, que a utilização desse tipo de argumentação, infundada legalmente, acaba por causar ainda mais insegurança jurídica às concessões.

Por isso, para a adoção de uma postura apropriada pela jurisprudência, foram identificados requisitos ao cabimento do reequilíbrio contratual por fato do príncipe. Critérios estes relativos à própria caracterização do dano como indenizável, quais sejam: ser um dano direto, especial, significativo na equação contratual, bem como violador dos princípios da segurança jurídica, direito adquirido e igualdade perante os encargos públicos.

Verifica-se, assim, que, somente através deste método objetivo, com embasamento teórico sobre o que, de fato, vem a ser o fato do príncipe indenizável, causas milionárias, relativas à responsabilidade estatal em contratos de concessão por tais danos, poderão ser adequadamente solucionadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. 7 reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. In Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 de outubro de 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980 *apud*. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. 7 ed. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. v. 2. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1978.

\_\_\_\_\_. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos de. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder, GRAU, Eros Roberto. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, v. 16, jul./dez., 1991. Salvador, p. 71/100.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Teoria do “fato do príncipe”*. Revista dos Tribunais, v. 918, ano 101, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos – por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2012.

FINNERTY, John. *Project Finance*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1998 *apud* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão*. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 10, n. 46, p. 251-270. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: set./out. 2002

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 5 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GASIOLA, Gustavo Gil. *O fato do príncipe no sistema de tutela dos contratos administrativos*. In: Revista Digital de Direito Administrativo, Ribeirão Preto. v. 1, n. 1, p. 69-84, 2014.

GUASCH, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. Washington D.C.: The World Bank, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, Athenäum, 1970 *apud*. ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. In Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 de outubro de 2014

HABERMAS, Jürgen. *A mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HOBBSAWM, Eric. *A Era Dos Extremos: O Breve Século XX (1914-1991)*. Trad. Marcos Santarrita. 2 ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

KUHN, Thomas S. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle judicial do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos*. In: Fórum Administrativo, v. 1, n. 9, p. 1164-1167, nov. 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003.



MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 38. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Serviço Público – Concessão – Transporte Coletivo – Tarifas – Competência do Poder Executivo – Harmonia e Independência dos Poderes*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 50 (out/dez). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1957 *apud* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade do Estado por Intervenção na Esfera Econômica*. Revista de Direito Público, ano XV, outubro/dezembro – 1982, n. 64, Editora Revista dos Tribunais, p. 75-83.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

OTERO, Paulo. Constituição e legalidade administrativa : a revolução dogmática de direito administrativo. In: TAVARES, André Ramos. *Constituição Federal: 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003, p. 147-173.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro*. Curitiba : Juruá, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

Sítio eletrônico: [www.antt.gov.br/html/objects/\\_downloadblob.php?cod\\_blob=11097](http://www.antt.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=11097). Último acesso em: 27.10. 2014, às 17h49

Sítio eletrônico: [http://www.anac.gov.br/Area.aspx?ttCD\\_CHAVE=7](http://www.anac.gov.br/Area.aspx?ttCD_CHAVE=7). Último acesso em 02.11.2014, às 20h55.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SHALDERS, André. *Gastos com educação em 2013 ficam abaixo da meta do próprio governo*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2014>

/01/03/interna\_politica,406120/gastos-com-educacao-em-2013-ficam-abaixo-da-meta-do-proprio-governo.shtml. Último acesso em 05.11.2014, às 18h13.

TÁCITO, Caio. *Concessão de energia elétrica – tarifas – equilíbrio financeiro*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 203, jan./mar. 1996.

\_\_\_\_\_. *Concessão de Transporte aéreo – ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato*. In: Boletim de Direito Administrativo, n. 10, p. 657-660. São Paulo: Ed. NDJ, out. 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

WALD, Arnaldo. *Novos aspectos da concessão de obras e do seu financiamento*. In: Revista de direito administrativo, n. 197, p. 1-9. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, jul./set. 1994.

\_\_\_\_\_. *Renascimento do instituto da concessão*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 171, jan./mar. 1988. *apud*. SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro*. Curitiba : Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. *A garantia do contratado à recuperação do equilíbrio econômico-financeiro em caso de inadimplência contratual da Administração Pública*. In: Série Grandes Pareceristas – Direito das concessões, v.3. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.