Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

REDAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 7 – agosto/setembro/outubro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

A EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO DE CONCESSÃO. ASPECTOS PONTUAIS

Prof. Lúcia Valle Figueiredo

Professora Titular de Direito Administrativo na PUC - São Paulo. É Juíza Aposentada do Tribunal Regional Federal da 3a. Região. Advogada e Consultora em São Paulo.

I – A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PRECEDIDA DE OBRAS PÚBLICAS.

1. Inicialmente cabe trazer a contexto o conceito de concessão de serviço público e, ainda que de maneira breve, os traços fundamentais conotadores de seu regime jurídico.

Concessão de serviço público, já dissemos alhures, é espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público Concedente, sempre precedido de licitação transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco.

1.1. Faz o perfil do regime jurídico da concessão uma série de direitos do concessionário bem como de obrigações inerentes à transferência do exercício do serviço público.

Inicialmente deve ser dito que a concessão necessita de lei autorizatória e de prévia licitação. O edital, estribado nas Leis reguladoras das Concessões, dará as notas do futuro contrato.

O contrato de concessão de serviço público, em algumas hipóteses, precedido e acrescido de obra pública, refletirá a proposta na sua inteireza, com todas as obrigações assumidas pelo proponente, escolhido pela Administração Pública, exatamente, por ter apresentado a proposta mais vantajosa.

1.2. Salientemos que abordaremos basicamente o problema relativo à manutenção da equação econômico-financeira, com as seguintes colocações fundamentais, tais sejam: 1. qual o momento em que se forma a equação; 2. se as modificações produzidas no contrato, que se consubstanciaram em Termos Aditivos e Modificativos; seriam suficientes a ocasionar alteração na equação econômico-financeira, se teriam força suficiente para determinar a obrigatoriedade de revisão do contrato; 3. possibilidade de tributação nova, ou prorrogação da já existente, inclusive, majoração do tributo, ensejar novo exame da equação econômico-financeira; 4. possibilidade ou não de se presumir a existência de renúncia tácita ao equilíbrio do contrato, por força da concordância de Concessionária nas alterações contratuais (alteração do cronograma de obras e de outras normas do contrato) e de sua assinatura do Termo Aditivo, e, finalmente; 5. se reconhecida pela Administração o desequilíbrio contratual havido, seria possível haver recomposição amigável nos termos estabelecidos no contrato.

Esses os tópicos que pretendemos abordar.

II - A EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO E OS TERMOS ADITIVOS E MODIFICATIVOS.

2. A Administração tem o direito de alterar o contrato, desde que mantenha o objeto contratual, para bem adequá-lo às necessidades administrativas. É o chamado ius variandi da Administração.

O ius variandi, como assinalado por Enterría1, encontra seu fundamento na necessidade de melhor adequação do objeto contratual.

O primeiro limite administrativo será, em conseqüência, sempre a boa ou má fundamentação das alterações. Assim, deve haver correlação lógica obrigatória entre a alteração pretendida e as necessidades administrativas.

As obrigações devem ser cumpridas como pactuadas. E, se é verdade que, na função administrativa, sobrepõe-se o interesse público ao do particular, colocando-se as partes em desnível jurídico, menos verdadeira não é a afirmação da impossibilidade de ser introduzido o elemento surpresa no contrato, álea não conhecida no momento da pactuação.

De sorte que o primeiro impedimento natural do poder de alterar o contrato, ínsito à própria pactuação, será a necessidade de melhor cumprimento do estrito interesse público.

2.1. Obstáculo inarredável à alteração é o objeto contratual, que, jamais, poderá ser modificado. É inalterável.

Ora, se possível fosse a alteração do objeto contratual, nenhuma valia teria

1 García de Enterría e Ramón Fernandez, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, pp. 674-678.

a licitação precedente (mesmo sem considerarmos o interesse do contratado, mas, apenas, atentos aos princípios que regem o procedimento licitatório).

2.2. Sem dúvida alterações podem ser determinadas ao contratado, porém, apenas e tão-somente, no sentido de tornar o objeto mais adequado ao interesse público, mantendo-se, todavia, a inalterabilidade do objeto contratual.

Assinale-se ser um dos direitos mais lídimos do concessionário o relativo à manutenção da equação econômico-financeira ao longo de todo contrato bem como o direito ao objeto contratual, como já mencionado. A esse respeito, não tergiversam doutrina e jurisprudência.

A manutenção da equação econômico-financeira do contrato, de maneira singela, traduz-se no equilíbrio entre as obrigações assumidas pelo Concessionário, os encargos que serão suportados e a contraprestação devida pela Concedente, a remuneração do concessionário.

No caso das concessões de serviço público a remuneração é paga pelo usuário, não obstante possa haver algum subsídio por parte da Concedente, se esta entender, por exemplo, que a tarifa justa é excessiva para o usuário.

2.3. A observância, durante todo o contrato, desse equilíbrio financeiro é vital nas concessões de serviço público, não somente para assegurar o lucro do concessionário, inteiramente lícito (garantido constitucionalmente), mas, principalmente, para garantir a continuidade e a boa prestação do serviço público.

A justa remuneração do concessionário é, por conseguinte, imperiosa. Como já observamos, se a Administração entender necessário, para bem satisfazer o interesse público, alterar cláusulas do contrato, sem modificação do objeto contratual, poderá fazê-lo. Aliás, deverá mesmo fazê-lo, se o interesse público isso postular.

2.3.1. Dispõe a Lei 8.666/1993, nas hipóteses de o contrato ter sido alterado, sobre a possibilidade de acordo das partes para restabelecer o pactuado inicialmente, ou seja, a equação econômico-financeira do contrato, como avençada inicialmente.

A equação econômico-financeira do contrato caracteriza-se pelo equilíbrio entre as obrigações assumidas e as importâncias a serem recebidas. Esta a comutatividade do contrato.

No dizer de Hely Lopes Meirelles2:

> *"O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento".*

2 Licitação e Contrato Administrativo, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 181.

(...)

Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação econômica, ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato."

2.3.2. Conseqüentemente, se houver alteração das cláusulas contratuais, que impliquem maior onerosidade para o contratado, não poderá deixar de haver compensação, repondo-se, dessa forma, o equilíbrio inicial.

Diz Caio Tácito3:

> *"Há, entre os direitos e obrigações das partes, um sistema de vasos comunicantes, em uma relação necessária de causalidade, de que decorre o ajustamento do preço quando a prestação do serviço se modifica, quantitativa ou qualitativamente, ou quando se torna exorbitantemente onerosa".*

3. Exatamente em face de possibilidades de oneração de contrato por determinações emanadas da Administração Pública ou por outros fatos, o Conselho do Estado Francês e a doutrina construíram a teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão, lato sensu, com seus desdobramentos, aplicada aos contratos administrativos, tem como supedâneo a proteção do interesse público que, se deixado à deriva de injunções econômicas anormais, ou de acontecimentos anormais, ou, ainda, de atuações administrativas, poderia sucumbir ou, pelo menos, não ser satisfeito como pretendido.

4. Há que se fazer, expressamente, a distinção entre a força maior e a teoria da imprevisão.

A força maior impossibilita o cumprimento do ajuste, enquanto que os fatos imprevistos o tornam mais oneroso, dificultando ou, até mesmo, impossibilitando seu cumprimento, caso não seja revisto o contrato.

4.1. Fatos imprevistos são todos aqueles que, por ocasião da pactuação do contrato, eram ignorados pelas partes por absoluta impossibilidade de prevê-los.

Há de ficar bem claro, a fim de que se não cometam equívocos, que a não previsibilidade das partes, com relação a fatos facilmente previsíveis, somente imprevistos por sua incúria ou inépcia, não autoriza a invocação da teoria.

4.2. Remarque-se. Os fatos imprevistos, a que se poderá ter de submeter o contratado, poderão decorrer de a Administração ter necessidade de modificar cláusulas contratuais, a fim de adaptar o contrato a uma possível melhoria da obra ou serviço, ou, ainda, como no caso presente, alterar o cronograma, antecipando-o para benefício dos usuários, como aconteceu na consulta.

3TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público nos direitos brasileiro e estrangeiro, in Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1975.

4.2.1. Isso poderá ocorrer sempre que se verificar, supervenientemente, tal ou qual solução como melhor e não ter sido possível prevê-la ou conhecê-la, em tempo hábil, antes da avença, quer seja esta decorrente de um procedimento licitatório, ou com base numa exceção legal.

Esses fatos imprevistos caracterizam-se, principalmente, pela oneração do contrato.

Quando é a Administração a causadora desse ônus, por alterações contratuais que determinou, deverá ressarci-los integralmente.

5. Entretanto, poderá ocorrer que fatos alheios à vontade da contratante (a Concedente), de ordem econômica, repercutam no contrato, de maneira a causar-lhe impacto substancial. Nessa hipótese, diversa da força maior, diante dessa álea econômica, poderá a Contratada pleitear da Administração, que lhe recomponha os prejuízos. Enfim, é preciso ter a Contratada (Concessionária) condições a lhe permitir dar cabal cumprimento ao contrato.

5.1. Infere-se, pois, que, se por determinações dadas pela contratante houver modificação econômica no contrato, a recomposição deriva do fato da administração.

De outra parte, a álea econômica (também inserida na teoria da imprevisão), suportada pela contratada, por motivos alheios à contratante, também determinam a recomposição.

O fundamento de tal recomposição é a proteção do interesse público subjacente ao contrato, a fim de o contrato ser fielmente cumprido.

6. Examinemos melhor a teoria do “fato do príncipe”. Divergem os autores no que entender por “fato do príncipe”.

Alguns se referem a esta figura conceitual como relativa a fatos provocados pela Administração Pública, qualquer que seja esta, com repercussões no contrato. Outros entendem que o “fato do príncipe” diz respeito somente a atos administrativos (lato senso) da mesma autoridade contratante, porém, no exercício de uma outra competência, que não aquela diretamente referida ao contrato.

Tais atos administrativos, embora não imediatamente ligados aos contratos, por via reflexa, neles repercutem, e, de tal forma, a abalar a equação financeira.

6.1. Marienhoff4 diz não compartir da opinião dos que fazem a distinção acima exposta, porque a julga vaga de sentido lógico.

Entende o conceituado administrativista ser a mesma a responsabilidade estatal, quer seja provocada pela mesma autoridade (a que celebrou o contrato)

---

4 S. MARIENHOFF, Miguel. “Contratos Administrativos – Primer Congreso Internacional y IV Jornada Nacionales de Derecho Administrativo” – Mendoza – Argentina, 1977, p. 17.

quer seja por outra.

Em suas palavras:

> *"Do exposto deduz-se a diferença existente entre responsabilidade por 'fato do príncipe' e responsabilidade contratual do Estado: o 'fato do príncipe' pressupõe uma 'norma geral' emanada de autoridade pública - de qualquer autoridade pública - enquanto que a responsabilidade contratual do Estado pressupõe uma norma particular, específica, emanada de qualquer autoridade pública, relacionada com o contrato administrativo em questão. A responsabilidade pelo 'fato do príncipe' não é direta: apenas reflexa, incide no âmbito jurídico do co-contratante, causando-lhe um dano ressarcível por este diferencial com respeito aos demais habitantes." (Tradução nossa)*

E, mais adiante, explica o tratadista que, quando se tratar de "fato do príncipe", quer seja decorrente da própria Administração contratante, quer de outra autoridade, a reparação deve ser sempre integral.

7. Verifica-se pelo já afirmado ser inteiramente aplicável a teoria da imprevisão, quer em decorrência de fatos alheios à vontade da Contratante Concedente, que, ao se refletirem no contrato, produzam desbalanceamento da equação econômico-financeira, quer seja em decorrência de determinações administrativas modificadoras do contrato.

7.1. Note-se que, nesses casos, faz-se necessária a prova inequívoca do ônus a maior, a ser suportado pela Contratada Concessionária, bem como a demonstração técnica de tal ônus, a fim de que possa ser determinada a reparação pela Administração Pública.

A equação econômico-financeira do contrato, repita-se ainda uma vez, caracteriza-se pelo equilíbrio entre as obrigações assumidas e as importâncias a serem recebidas. Esta a comutatividade do contrato, como bem asseverou Hely Lopes Meirelles.

De conseguinte, se alterada a equação econômico-financeira do contrato, não contendem, doutrina e jurisprudência, no sentido de que ou a Administração deve recompô-la, ou o contratado poderá pedir a rescisão, rompendo, pois, o laço contratual.

8. Deve-se fazer, também, a necessária distinção entre reajuste e revisão de preços, aonde se aloja a recomposição da equação econômico-financeira.

O reajuste configura-se em previsão inicial de custos a maior. A obra ou serviço são estimados em determinada quantia, devendo incidir sobre esta quantia percentuais corretivos da inflação. O quantum debeatur não é alterado. Conserva-se íntegro pelo reajuste.

De conseguinte, o reajuste não poderá recompor a equação econômico-financeira, quando desbalanceada por situações anômalas.

Insista-se: há, tão-somente, previsão da perda de valor da moeda. Consiste, pois, em atualização permanente da mesma.

8.1. Os reajustes contratuais surgiram exatamente do princípio da manutenção da equação financeira do contrato, ao longo de todo o prazo de sua execução. Não se cogitava, todavia, em situações anômalas, mas na preservação do status inicial, passível de se modificar por força da inflação. Em outro falar, visa-se preservar o contrato como ajustado.

Reajuste e revisão de preço diferem, saliente-se, têm pressupostos diferentes. O primeiro, o reajuste de preço, será utilizado para resolver os problemas referentes à recomposição do equilíbrio financeiro resultante do aumento normal de custos pela desvalorização da moeda.

8.2. De seu turno, a revisão de tarifa, ou, em outro falar, a revisão da remuneração do concessionário visa a atender casos especiais, como, por exemplo, da alteração do contrato, tornando-o mais oneroso. Também há outras hipóteses como o fato da administração, quer seja da mesma autoridade ou de outra (exemplo típico é a criação de tributos novos a onerar a atividade desenvolvida).

A distinção é de suma importância, porque, mesmo nas hipóteses em que o contrato proíba reajuste por determinado lapso temporal, pode haver a recomposição.

8.3. Observa-se que a Lei de Concessões usou em diferentes sentidos a palavra revisão, não tendo acontecido o mesmo com a Lei de Licitações, que emprega corretamente as palavras revisão e reajuste.

Vejam-se os artigos 65, inciso II, alínea "d" da Lei de Licitações (recomposição de preços), o § 8º do mesmo artigo refere-se à reajuste de preços, artigo 40, incisos XI (reajuste), XIV, alínea “c”, da atualização financeira.

De outra parte, o § 2º do artigo 9º da Lei 8.987/1995 refere-se genericamente à “revisão de tarifas”, que tanto poderá significar reajuste ou recomposição. Já o § 3º, do mesmo artigo 9º, utiliza a expressão revisão por recomposição. No § 4º do mesmo artigo, o dispositivo, inequivocamente, embora não expressamente declare, está a se referir à revisão.

9. Releva notar: o amparo à justa remuneração, no concernente à concessão de serviço público, encontra-se, até mesmo, em nível constitucional. Consoante entendemos, o artigo 37, inciso XXI da Constituição, ao se referir à manutenção das condições efetivas das propostas, autoriza a concluir que, no dispositivo, aloja-se a garantia.

Não se pode, outrossim ignorar o disposto no artigo 175, parágrafo único, inciso III, do Texto Constitucional. Em sua literalidade:

> *“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*
>
> *(...)*

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)..

III. política tarifária;

(...).”

Destarte, verifica-se ser ampla a proteção constitucional visando a assegurar ao concessionário de serviço público tarifa5 consentânea com a justa retribuição do capital despendido.

A intelecção do Texto Constitucional não deixa qualquer margem à dúvida (mesmo se inexistisse lei específica, porém, não é o que acontece).

A previsão constitucional é absoluta no sentido de assegurar, ao concessionário de serviço público, a constância da equação econômico-financeira, ao longo da vigência do contrato.

A tônica do dispositivo constitucional está, sem dúvida, dirigida à preservação de valor importante: a continuidade do serviço público nos moldes concedidos, sem deteriorações ou eventuais paralisações decorrentes de insuficiência de numerário.

9.1. O fundamento de tal recomposição, enfatize-se, é o interesse público subjacente ao contrato, que deve ser protegido. O contrato deve ser fielmente cumprido.

Ademais disto, militam em favor desta tese todas as colocações feitas pela doutrina no sentido de que o contratado é um colaborador da Administração, e da boa fé, que deve presidir os contratos administrativos.

A álea normal do negócio (os riscos empresariais), evidentemente cabe ao contratado. Porém, a anormal - por se tratar de contrato administrativo - deve ser ressarcida.

10. Carlos Delpiazzo, conceituado autor uruguaio, trata da equação econômico-financeira, nos seguintes termos:

"(...)

Evidentemente, en todo negocio siempre hay un elemento de riesgo desde

---

5 Não pretendemos entrar na discussão, por impertinente ao objeto deste estudo, se estamos diante de preço ou de taxa. Pensamos, sem sombra de dúvida, estar diante de preço e não de taxa, pois, não haveria possibilidade de se manter a equação financeira dos contratos, se a remuneração fosse por meio de taxa. Entretanto, persiste infindável entre os tributaristas o debate. Caso haja interesse, veja-se nosso Curso de Direito Administrativo, o capítulo referente à Administração indireta, concessões e permissões de serviço público. Também, palestra que proferimos no Congresso de Direito Tributário, em São Paulo, sobre o tema, Tributação das estatais, em que abordamos a matéria da remuneração pelo serviço prestado. Aliás, desde a primeira edição de nosso Curso dissemos discordar dos insignes autores que entendiam ser taxa a importância paga pelo usuário ao concessionário.

el punto de vista de su consideración económica, pero hay un riesgo que es normal- el riesgo que asume todo empresario cuando encara una determinada actividad-y, en cambio, puede haber hipótesis de riesgo anormal.

Ese álea o riesgo anormal es el que plantea alguna dificultad en su consideración desde el punto de vista jurídico, cuando se rompe el equilibrio financiero del contrato.

(...)

En el primero de estos casos, es decir, cuando el equilibrio económico-financiero se ve quebrado por causas inherentes a la Administración contratante que no cumple lo pactado, nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad por incumplimiento, conforme a las normas del Derecho común.

Los casos que plantean más interés son los tres restantes.

Cuando hay causas que son imputables al Estado y que modifican el contrato, (cuando hay lo que se denomina un "álea administrativa") entonces nos encontramos frente a la denominada teoría del hecho príncipe.

(...)

La doctrina suele exigir la configuración de los siguientes requisitos para la aplicación de esta teoría:

a) la existencia de un perjuicio cierto y directo;

b) la intervención de la Administración que lo ocasiona debe no haber podido preverse;

c) esa actuación de la Administración debe ser espontánea y autónoma. (Grifamos)

(...)".

"Su configuración reclama los siguientes requisitos:

a) alteración de orden económico proveniente de hechos naturales o de actos de autoridad (no constitutivos de supuestos a encartables en la teoría del hecho del príncipe);

b) imprevisibilidad;

c) perturbación ajena a la voluntad de las partes;

d) los hechos invocados deben ser posteriores al perfeccionamiento del contrato y anteriores a su definitivo cumplimiento;

e) pérdida efectiva derivada de una excesiva onerosidad (no bastando la disminución o desaparición de ganancias); y

f) el desequilibrio contractual debe ser transitorio."

(...).6

10.1. E deve ser ressarcida exatamente porque não se justificariam, quer no contrato administrativo, quer, especialmente, no de concessão, cujas finalidades são a de construir uma obra para o desfrute público ou prestar um serviço ao público (hipóteses de concessões de serviço público), que, acontecimentos ulteriores a pactuação havida, sejam suportados apenas pelo contratado (distribuição eqüitativa das cargas públicas). Mas, não somente isso, como mais adiante se verá ao tratarmos da renúncia.

10.2. Diz Allan Randolph Brewer-Carías, administrativista venezuelano:

"(...)

En todo caso, este equilibrio económico del contrato, como un derecho del contratante o concesionario, puede señalarse que no es un derecho a que se le garantice un determinado beneficio ni es una garantía dada al mismo de que no va a tener pérdida. En el momento de la conclusión del contrato, cada parte ha evaluado lógicamente las cargas y ventajas del mismo, y si contratan, es porque han estimado que entre esas cargas y ventajas hay un equilibrio aceptable. Si una de las partes se ha equivocado en su cálculo y tiene pérdidas, por eso no tiene, por supuesto, derecho a indemnización alguna. Por ello hemos señalado que no debe entonces confundirse el derecho al equilibrio financiero del contrato con un supuesto derecho a recibir determinados beneficios; al contrario, se trata simplemente de un derecho a que se mantenga en el curso de la ejecución del contrato, una equivalencia entre las ventajas y las cargas que el mismo conlleva para el co-contratante, en la misma forma o medida como había sido calculada, exactamente o no, en el momento de la conclusión del contrato.

El mecanismo de esta ecuación económica del contrato, como fundamento del derecho del contratante a ser indemnizado en los casos de ruptura de la misma, ha sido demostrado en la forma siguiente por Péquignot: (...)"7 (Grifos nossos)

III - O MOMENTO DA FORMAÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.

11. A equação econômico-financeira, nos termos constitucionais, começa a se formar com a apresentação da proposta e atinge sua eficácia máxima com a homologação da licitação e, posteriormente, com a conseqüente assinatura do contrato.

Deveras, dispõe o artigo 37, inciso XXI do texto constitucional:

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

---

6 DELPIAZZO, Carlos E. Manual de Contratación Administrativa, Tomo I - Parte General, 2ª edición actualizada, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, 1991, pp. 147, 148 e 149.

7 BREWER-CARIAS, Allan R. Contratos Administrativos. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 203.

de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (Grifamos)

11.1. Portanto, nos termos da lei, devem ser mantidas as condições efetivas da proposta. E, de seu turno, o artigo 58, inciso I e § 2º da Lei 8.666/1993, aplicada subsidiariamente às concessões, bem como a Lei 8.987/1995, em seu artigo 9°, § 4°, também isso dispõem.

Celso Antônio Bandeira de Mello averba:

"É bem de ver, pois, que a equação econômico financeira tem seus termos definidos antes do travamento do contrato, pois são ditos termos que recebem avaliação de preço, em vista da qual alguém se qualifica para ser o contratado. Em conclusão: nas licitações em que o preço é fator final decisivo, a adjudicação traz consigo o reconhecimento de que a composição econômica proposta é a contrapartida adequada dos encargos previstos no certame, motivo pelo qual deverá ser intransigentemente preservado a igualdade que disto resulta. Daí que a citada igualdade é para ser mantida até conclusão do contrato, pois aqueles termos econômicos (correlatos aos encargos supostos) é que credenciaram o ofertante à constituição do vínculo. Por força disto, a Administração só não pode, mas deve, mediante os necessários reajustes, manter a equação econômica que proclamou satisfatória, inclusive porque disposições infraconstitucionais seriam importantes para obstar-lhes a aplicação.

(...)"8.

12. De outra parte, quando há o aceite da proposta, sequer pode esta ser retirada sem ônus para o licitante (artigo 81 caput da Lei 8.666/1993). Disso infere-se que, aceita a proposta, homologada a licitação, com a conseqüente adjudicação e assinatura do contrato, a máxima eficácia foi atingida.

12.1. Poder-se-ia, entretanto, em tese considerar, para a atualização da equação econômico-financeira, a data da homologação e adjudicação do contrato.

Entretanto, se decorrer tempo dezarrazoado entre a apresentação da proposta, adjudicação e a homologação, poderá já haver reajuste de preço, na própria época da pactuação, na assinatura do contrato, ou, até mesmo,

8 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Licitação - Leis de Mercado e Preços - Equilíbrio Econômico-Financeiro. In RTDP n. 9/1995, p. 89.

recomposição, nas hipóteses de acontecimentos supervenientes9.

Em hipóteses em que tenha havido álea anormal, em decorrência de fatos supervenientes à apresentação da proposta, ou demora excessiva da Administração, que poderia até causar a desistência do contratado, da data da proposta.

De qualquer sorte, é mister demonstrar ter havido oneração do contrato, em decorrência de fatos não imputáveis ao contratado, o concessionário.

IV - NOVA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

13. Novas incidências tributárias, ou mesmo, prorrogação de alguma já existente, que deveria ter seu término em dado momento, constituem-se em "fato do príncipe" (fait du prince) ou fato da administração, em sentido lato, exatamente como já discorremos, tal seja, fato de autoridade administrativa, alheia ao contrato, mas, que, reflexamente, nele vai incidir.

Aliás, diga-se de passagem, compartimos da opinião dos que não vêem diferenças essenciais entre ambos, tal seja, fato da autoridade contratante ou de qualquer autoridade, apenas, um deles, o fato da administração contratante alterando o contrato, enseja responsabilidade contratual e o outro, responsabilidade extracontratual como assinalada por Marienhoff. Porém, quer uma quer outra requerem recomposição integral.

A Lei de Concessões e Permissões, de maneira clara, em seu artigo 9º, § 3º dispõe:

> *"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,*

---

9 Veja-se o acórdão do Superior Tribunal de Justiça no RO em Mandado de Segurança nº 15.154 - PE, em que foi relator o Ministro Luiz Fux: "CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO- FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRÍNCIPE. 1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57,§ 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93. Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula mater da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as "condições efetivas da proposta". 2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes. 3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (ad impossiblia memo tenetur). 4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da exceptio non adimplet contractus imputável à administração, a fortiori, implica admitir sustar-se o "início da execução", quando desde logo verificável a incidência da "imprevisão" ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso. 5. Recurso Ordinário provido. "

no edital e no contrato.

(...)

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

(...)."

Como se verifica, a alteração será para mais ou para menos. Obviamente, se houver redução de impostos, haverá a alteração para menos.

A propósito diz Marçal Justen Filho10:

"(...)

Obviamente, não seria cogitável o argumento de que a mudança das normas tributárias seria irrelevante por derivar de ato estatal. O conceito de ato do príncipe abrange inclusive as variações de ordem tributária. Aplicam-se as regras sobre restabelecimento da equação econômico-financeira a todas as hipóteses onde a elevação dos encargos do contratado for produzida inclusive por ato do Estado - independentemente da natureza legislativa ou administrativa do ato estatal.

A flutuação da carga fiscal afetará a equação-financeira do contrato administrativo em diversas hipóteses. Deverá reputar-se como relevante, para fins de equação econômico-financeira do contrato administrativo, qualquer modificação da legislação tributária que afetar a carga fiscal relacionada com a execução da prestação contratual. Consideram-se, tendo em vista o objeto deste parecer, apenas as situações de agravamento da posição do contratado.

Assim, a lei pode instituir tributo novo, cuja hipótese de incidência abrange atividade relativa à execução do contrato. Pode ocorrer elevação da alíquota de tributo já existente. E podem dar-se situações equivalentes, tais como redução de benefícios fiscais, supressão de prazos, extinção de isenções, etc.

(...)." (Grifos nossos)

V - RENÚNCIA APARENTE EM FACE DA CONCORDÂNCIA DA ASSINATURA DE TERMOS ADITIVOS E MODIFICATIVOS

14. Coloca-se a seguinte situação. O contratado assinou Termo Aditivo do Contrato, com modificações que importavam em oneração do contrato. Poder-se-ia cogitar na existência de renúncia à recomposição. A pseudo-renúncia11,

10 JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos. Dialética, São Paulo, 1997, pp. 147-148.

11 Dizemos pseudo-renúncia porque, na verdade, para que haja renúncia, nos termos em que se apresenta esse instituto jurídico, não dispensa formalidades jurídicas.

poderia se constituir em "punctum dolens" da recomposição da equação.

Inicialmente, fixemos o que é renúncia, ainda que em palavras simples.

Renunciar12 a algo, segundo entendemos, é abrir mão deliberadamente de algo que se tem. Portanto, abre-se mão, deixa-se de lado, alguma coisa que representa direito subjetivo ou situação jurídica.

De logo, já se verifica, ainda que singelo o conceito dado, que somente pode haver renúncia de direitos disponíveis e, além disso, a renúncia somente pode ser exercida por aqueles que têm capacidade jurídica para tal ato.

A renúncia encarta-se na teoria geral do direito, porém, seu regime jurídico, se estivermos diante de relações privadas ou relações de direito público, comportam sensíveis diferenças.

14.1. Claude Blumann13, autor francês assevera, e, a nosso ver, com extrema propriedade, que a idéia de renúncia não se conforta bem ao direito público. Deveras, a abdicação subjetiva de situações jurídicas, em face da chamada "puissance publique", ou, possibilidade de alteração unilateral do contrato, seria mal acolhida pelos princípios vetores do sistema.

Além disso, faz o autor a distinção entre a cláusula de irresponsabilidade da Administração14, que pode ser pactuada antes do dano, e a renúncia pelo dano produzido na equação econômico-financeira de um contrato em andamento.

E afirma, para negar a possibilidade de que se aceite facilmente a renúncia nos contratos administrativos, ao se referir a um caso examinado pelo Conselho do Estado Francês:

> *"(...) L' indemnité qui lui est due, en vertu de la théorie de l' équilibre financier a, en partie, pour objet de lui permettre de poursuivre correctement l' exécution des stipulations contractuelles, de telle façon que l' intérêt public ne soit pas affecté. En renonçant à son droit à indemnité, le cocontractant risque de ne plus pouvoir accomplir correctement sa mission. L' intérêt général ne commande-t-il pas alors d' interdire toute renonciation?*

---

12 DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Vol. 4, Editora Saraiva, São Paulo, 1998, p. 138: "Renúncia. 1. Desistência de algum direito. 2. Ato voluntário pelo qual alguém abre mão de alguma coisa ou direito próprio. 3. Perda voluntária de um bem ou direito."

13 BLUMANN, Claude, La renonciation en droit administratif français, chapitre premier, p.19.

14 Lembremo-nos que, no direito brasileiro, expressa está nas Leis (8.666/1993 e 8.987/1995) a obrigatoriedade de manutenção da equação econômico-financeira, em atendimento ao Texto Constitucional. E, de outra parte, não pode a Administração aceitar propostas manifestamente inexeqüíveis. Quer isso dizer, que, mesmo interessando ao particular trabalhar em condições desvantajosas, não pode a Administração aceitar o risco que isso representa. Se o contrato versar a construção de uma obra, poderá esta ficar inconclusa. De outra parte, se o objeto é a prestação de um serviço, poderá este ser prestado em condições desfavoráveis para os usuários. E, até mesmo, estar seriamente ameaçada a continuidade do serviço público, se houver, por exemplo, falência do empresário.

(...)

Le Conseil d' Etat se refusa à suivre l'argumentation de l' administration car l'intention du renonçant n' était pas suffisamnent établie. Mais il est certain que si la renonciation avait été hors de doute, le juge administratif aurait dû lui donner suite et consacrer ainsi une renonciation unilatérale (l' acceptation d'une succession s' analysant en acte unilatéral).

(...)

Cependant, á un autre point de vue, le juge administratif doit également se montrer très protecteur des droits et intérêts individuels. Or, la renonciation est une fin de non recevoir facile à soulever, et ce qui est plus grave, facile à obtenir pour l' administration. Le juge administratif se montre très circonspect. La renonciation unilatérale ne jouera que si elle est formellement établie. En cas de doute sur l' intention du renonçant, ce doute doit indiscutablement être interprêté en sa faveur. Ces obstacles n'ont plus lieu de jouer lorsqu' on est en présence d' une renonciation conventionnelle.

(...)

La renonciation du cocontractant va donc s' insérer dans un acte de nature contractuelle, le plus souvent un avenant au marché initial. Cet avenant constitue un nouvel acord contractuel dans lequel le cocontractant trouve d' ailleurs un certain nombre de protections qui, assez paradoxalment, vont lui permettre de contester sa propre renonciation, si une irrégularité de forme ou de fond a été commise lors de sa conclusion. (...)."15

15. O Professor Luigi Raggi, também em monografia específica sobre renúncia16, no início do século passado, acentuou ser a renúncia um abandono voluntário. É uma manifestação de vontade. E nem importaria discutir a possibilidade de atos negociais no direito público (está o autor tecendo considerações no início do século passado, portanto, quando não existia uma aceitação de negócios jurídicos, em se tratando de direito público).

Relativamente à renúncia tácita17 averba:

"Não se deve confundir a hipótese da falta de exercício do direito com o caso da renúncia tácita. (...) na renúncia tácita deve sempre estar presente uma vontade destinada ao abandono de um direito, de uma faculdade, etc." (Tradução nossa)

E, mais adiante, vai enfatizar que abandono, não exercício e renúncia são coisas diversas. A renúncia pode ser ato jurídico unilateral, porém, quando se tratar de contrato, a bilateralidade é imperiosa, segundo o autor.

De qualquer forma, há de se convir que, em face da tutela do interesse público, e de como foi concebida a teoria da imprevisão (em sentido amplo), no

---

15 BLUMANN, Claude. La Renonciation en Droit Administrratif Français. Librairie Generale de Droit Et de Jurisprudence R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1974, pp. 25, 27, 28, 29 e 31.

16 Luigi Raggi, Contributo alla dottrina delle renuncie, Roma Atheneo, 1914, p. 10.

17 Idem, Ibidem, p. 10.

direito francês, por obra das decisões do Conselho do Estado, só mesmo excepcionalmente poder-se-ia aceitar a renúncia e, somente, de forma expressa.

E, consoante se nos afigura, em direito público, poderia haver renúncia à indenização de situações já inteiramente realizadas, mas, não, de uma situação que deverá se protrair no tempo.

Afirmar-se ter havido renúncia tácita pelo só fato de ter sido assinado Termo Aditivo com mudanças contratuais é admitir uma Administração, que não estaria a tutelar o interesse público primário (suas finalidades essenciais), porém, apenas, seus interesses secundários.

De outra parte, a renúncia por parte da Administração Pública, em tese, não é permitida. A possibilidade da renúncia está atrelada à lei especial que isso possibilite. E, por óbvio, tal lei não poderá ser maculada de desvio de poder, pois, se assim for, poderá ser impugnada perante o Judiciário.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello18 averbava:

"(...)".

"Entretanto, não se afigura possível por parte da Administração Pública quanto a direitos que possua frente aos administrados. Os direitos públicos do Estado, que defluem do seu direito de supremacia, são irrenunciáveis, por constituírem razão de sua existência e condição de exercício da sua finalidade. Por isso, os direitos personalíssimos privados também são irrenunciáveis, por próprios do ser humano nos seus atributos essenciais."

15.1. Se pensarmos que, na concessão de serviço público, o particular está investido da função administrativa de prestação de um serviço público, que sua relação com a Administração é de direito público, poder-se-á entender que, na hipótese considerada, somente poder-se-ia cogitar de renúncia, se fosse formal e representasse comprovadamente direito disponível.

SÍNTESE CONCLUSIVA

1. Consagra-se a proposta vencedora, em regra nos termos em que efetuada, com a escolha do proponente, depois de procedida à competição, portanto, com a homologação e adjudicação da licitação.

A relação de equilíbrio deve se conservar constante ao longo de todo o contrato de concessão a partir de como efetuada.

Poder-se-ia, portanto, em tese considerar, para a atualização da equação econômico-financeira, a data da homologação e adjudicação do contrato.

Entretanto, se decorrer tempo dezarrazoado, não usual, entre a

18 Princípios Gerais de Direito Administrativo, Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1969, p. 505.

apresentação da proposta, adjudicação e a homologação, poderá já haver reajuste de preço, na própria época da pactuação, da assinatura do contrato, ou, até mesmo, recomposição nas hipóteses de acontecimentos supervenientes.

Em hipóteses em que tenha havido álea anormal, em decorrência de fatos supervenientes à apresentação da proposta, ou demora excessiva da Administração, que poderia até causar a desistência do contratado, da data da proposta.

Assinalamos que a equação, dependendo das ocorrências, poderá ser alterada, para mais ou para menos

Se maiores os custos, por força de alterações contratuais, do "fato do príncipe" ou de álea econômica extraordinárias, devem ser estes compensados. De outra parte, se houver alteração em desfavor da Administração, também deverá haver compensação.

Impende, pois, demonstração inequívoca do desbalanceamento do contrato, quer em desfavor do Contratado quer da Administração.

2. Termos Aditivos Modificativos podem ocasionar desbalanceamento da equação. Deveras, dispêndios antecipados de financiamentos ou de capital da própria Concessionária, para antecipação do cronograma, obviamente pode ocasionar alteração na equação. Se assim for, deverá haver recomposição. De outra parte, claro está, necessita ser provada em demonstração técnica adequada dita alteração.

De outra parte, também é certo que poderia haver deflator na tarifa, plenamente justificável se previsto inicialmente percentual de atualização, entendido como o necessário para a manutenção da equação, e, se, porventura, houvesse diminuição dos custos da Concessionária, cabalmente demonstrada.

Se provado ficar que alterações introduzidas, ainda que visando a melhor implementação do serviço público, retiraram o equilíbrio inicial do contrato, deve este ser reposto.

Ora, se na proposta aceita está determinado um percentual de retorno do investimento, certamente o mesmo percentual deverá ser mantido. E, além disso, será facilmente demonstrável.

3. A criação de novos tributos posteriores à apresentação das propostas pelos concorrentes, ocasiona a alteração da equação econômico-financeira da avença originariamente estabelecida.

É claro que o acréscimo de tributação onera o contrato, como, aliás, expressamente previsto no § 3º do artigo 9º da Lei 8.987/1995.

Entretanto, a quantificação do impacto deverá ficar cabalmente demonstrada.

E, até mesmo, a majoração de tributos já existentes irá implicar em

reequilíbrio da equação.

4. O direito de recomposição contratual, como dever do Contratante, foi inicialmente construído doutrinariamente e, posteriormente, devidamente incorporado ao Texto Constitucional e à legislação específica sobre a matéria.

5. Não se pode falar em renúncia tácita à atualização do equilíbrio contratual por haver a concessionária assinado termo aditivo-modificativo, gerador de alteração na equação econômico-financeira.

Dissentimos dos que entendem haver renúncia tácita em conseqüência de haver a Concessionária concordado com modificações contratuais e assinado Temo Aditivo. Nas relações de direito público (hipótese de contratos de concessão), não há possibilidade de se concluir por sua existência. Quando possível, há de ser expressa.

Não se pode sequer admitir a hipótese de renúncia tácita pelas próprias razões que militam em prol da recomposição da equação econômico-financeira, como também amplamente demonstrado nos tópicos II e IV.

Os contratos administrativos, diferentemente dos contratos privados, são rebus sic stantibus.

6. Há possibilidade de se fazer composição amigável no tocante à recomposição da equação. A própria Lei de Concessões isso prevê, como se verifica do artigo 9º, § 4º.**

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão. Aspectos Pontuais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 7, ago/set/out de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível

** Palestra proferida no Seminário "O Judiciário e os Mercados" sobre o tema: O Contrato de Concessão e a Equação Econômico-Financeira, realizado no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 26 de maio de 2003.