

ANDRÉ ISPER RODRIGUES BARNABÉ

**ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTÃO DOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA PÚBLICA**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Edmir Netto de Araújo

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo-SP

2023

ANDRÉ ISPER RODRIGUES BARNABÉ

**ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTÃO DOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA PÚBLICA
(VERSÃO CORRIGIDA)**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Administrativo, sob orientação do Professor Associado Dr. Edmir Netto de Araújo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2023**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ispere Rodrigues Barnabé, André

Aspectos jurídicos da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública ; André Ispere Rodrigues Barnabé ; orientador Edmir Netto de Araújo -- São Paulo, 2023.

97 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Concessão. 2. Parceria público-privada. 3. Gestão pública. 4. Equilíbrio econômico-financeiro. 5. Poder Concedente. I. Netto de Araújo, Edmir, orient. II. Título.

Nome: BARNABÉ, André Isper Rodrigues

Título: Aspectos jurídicos da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Aos meus avós, Rachel e Ernesto, com amor

RESUMO

Esta dissertação teve como objeto análise dos *aspectos jurídicos da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública*. Identificou-se, inicialmente, no que consistem os regimes de concessão. Demonstrou-se que os regimes de concessão são contratos em que o privado se submete, primordialmente, a obrigações de resultado; que parte dos projetos de concessão no Brasil não apresentou performance aceitável na última década; que a realização de projetos de concessão envolve ao menos três tarefas públicas fundamentais (estruturação, licitação e gestão); e que, dentre essas tarefas públicas, a *gestão* é a mais relevante para conferir eficácia aos pactos concessórios. Na segunda parte do trabalho, propôs-se o estudo dos aspectos jurídicos da *gestão* dos contratos de concessão, sempre a partir da perspectiva pública, a partir de três enfoques. O primeiro enfoque foi o dos *objetos* envolvidos na gestão das concessões sob a perspectiva pública. Concluiu-se que os principais objetos com os quais a Administração deve se ocupar são (i) *desempenho da concessionária*; (ii) *equilíbrio econômico-financeiro*; (iii) *atualidade*; (iv) *bens da concessão*; (v) *seguros da concessão*; (vi) *garantias*; (vii) *aspectos institucionais da concessionária*; e (viii) *transparência*. O segundo enfoque foi o dos *sujeitos* envolvidos na gestão das concessões sob a ótica pública. Identificou-se, na legislação aplicável, dois *sujeitos principais* ou *primários*: poder concedente e agência reguladora. Como *sujeitos secundários*, no recorte proposto, identificou-se *concessionária* e *usuários*. Como *sujeitos terciários*, foram assinalados *financiadores* e *tribunais de contas*. O terceiro e último enfoque foi o dos *instrumentos* da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública. Restaram claras as ferramentas com as quais o poder concedente e/ou agência reguladora devem atuar para que a concessão tenha sucesso. Na sistematização proposta, são elas (i) *regulação*; (ii) *fiscalização*; (iii) *sanção*; (iv) *reajuste*; (v) *alteração* ou *revisão*; (vi) *intervenção*; (vii) *extinção por encampação*; (viii) *extinção por caducidade*; e (ix) *meios alternativos de resolução de controvérsias*, cada qual atuando sob diversos dos objetos identificados. A partir da sistematização apresentada, concluiu-se com a apresentação de um resumo das relações feitas entre *objetos*, *sujeitos* e *instrumentos* da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública, conforme identificados ao longo da pesquisa, reforçando-se que seu bom manejo durante a execução contratual é fundamental para o sucesso dos pactos concessórios e, conseqüentemente, para realização do interesse público.

Palavras-chave: Concessão; parceria público-privada; gestão pública; equilíbrio econômico-financeiro; poder concedente.

ABSTRACT

This dissertation aimed to analyze the legal aspects of the management of concession contracts from a public perspective. Initially, the hallmarks of the concession regimes were identified. It was shown that concessions are contracts in which the private sector submits, primarily, to obligations of result; that part of the concession projects in Brazil did not present acceptable performance in the last decade; that carrying out concession projects involves at least three fundamental public tasks, namely structuring, bidding, and management; and that, among such public tasks, management is the most relevant to giving effectiveness to concession pacts. In the second part of the work, the study of the legal aspects of the management of concession contracts was proposed, always from the public perspective, from three approaches. The first focus was on the objects involved in the management of concessions from a public perspective. It is concluded that the main objects with which the Administration must be concerned are (i) concessionaire performance; (ii) economic-financial balance; (iii) topicality; (iv) concession assets; (v) concession insurances; (vi) guarantees; (vii) institutional aspects of the concessionaire; and (viii) transparency. The second focus was on the subjects involved in the management of concessions from the public perspective. Two main or primary subjects were identified in the applicable legislation: the granting authority and the regulatory agency. As secondary subjects, concessionaire and users. As tertiary subjects, lenders and courts of accounts. The third and final focus was on the instruments for managing concession contracts from a public perspective. The tools with which the government and/or regulatory agency must act for the concession to be successful remain clear. In the proposed systematization, they are (i) regulation, (ii) inspection, (iii) sanction; (iv) adjustment; (v) alteration or revision; (vi) intervention; (vii) extinction by expropriation; (viii) termination by forfeiture, and (ix) alternative means of dispute resolution, each acting under several of the identified objects. From the purposeful systematization, we presented a summary of the relationships made between objects, subjects, and instruments of the management of the concession contracts from the public perspective, as identified throughout the research. We reiterated that the good management of those aspects during the contractual execution is fundamental for the success of concession agreements and, consequently, for the realization of the public interest.

Keywords: Concession; public-private partnership; public administration; economic-financial balance; granting authority.

LISTA DE ABREVIATURAS

ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
art.	Artigo
c/c	Combinado com, expressa relação entre dispositivos de lei indicados antes e após sua colocação no texto.
CC	Código Civil.
CF	Constituição Federal de 1988.
cf.	Conforme.
inc.	Inciso.
Lei de Acesso à Informação ou LAI	Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011.
Lei de Concessão ou Lei de Concessões	Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Lei de Licitações e Contratos de 1993 ou LLC/93	Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.
Lei de Licitações e Contratos de 2021 ou LLC/21	Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021.
Lei de PPP	Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004.
Lei dos Usuários	
MP	Medida Provisória.
n.º	Número.
par. ou §	Parágrafo.
PPP	Parceria público-privada.
SPE	Sociedade de Propósito Específico.
TCU	Tribunal de Contas da União
ún.	Único.
v.	Ver.

vol.

Volume.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 – OS REGIMES DE CONCESSÃO E SUA GESTÃO SOB A PERSPECTIVA PÚBLICA	17
1.1. Introdução.....	17
1.2. Regimes de concessão.....	18
1.3. As concessões como contratos de resultados	22
1.4. Crise de eficácia das concessões no Brasil.....	28
1.5. As tarefas públicas associadas à implementação das concessões.....	31
1.6. Conclusões parciais.....	32
CAPÍTULO 2 – OBJETOS DA GESTÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA PÚBLICA	33
2.1. Objetos: o quê?	33
2.2. Desempenho da concessionária	33
2.3. Equilíbrio econômico-financeiro	36
2.4. Atualidade.....	42
2.5. Bens da concessão.....	44
2.6. Seguros da concessão	47
2.7. Garantias.....	48
2.7.1. Garantia de execução.....	48
2.7.2. Garantia pública	51
2.8. Aspectos institucionais da concessionária.....	53
2.9. Transparência.....	55
2.10. Conclusões parciais.....	58
CAPÍTULO 3 – SUJEITOS DA GESTÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA PÚBLICA	59
3.1. Sujeitos: quem?.....	59

3.2. Poder concedente	59
3.3. Agência reguladora ou congêneres.....	63
3.4. Concessionária.....	64
3.5. Usuários.....	67
3.6. Financiadores.....	70
3.7. Tribunais de contas	71
3.8. Conclusões parciais.....	72
CAPÍTULO 4 – INSTRUMENTOS DA GESTÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA PÚBLICA.....	73
4.1. Instrumentos: como?.....	73
4.2. Regulação	73
4.3. Fiscalização	76
4.4. Sanção	78
4.5. Reajuste	79
4.6. Alteração ou revisão.....	80
4.7. Intervenção	83
4.8. Extinção da concessão.....	83
4.8.1. Encampação	84
4.8.2. Caducidade	85
4.9. Meios alternativos de resolução de controvérsias.....	86
4.10. Conclusões parciais.....	88
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

INTRODUÇÃO

Quando a Administração decide celebrar um contrato de concessão “para realização de investimentos significativos voltados à disponibilização de bens e serviços à sociedade”¹, afeta-lhe o *dever* de atuar para o correto cumprimento do contrato. Isso envolve sobretudo o monitoramento do desempenho da concessionária, visto que os contratos de concessão são qualificados sobretudo por seus resultados.

Ocorre que, nos últimos anos, viu-se no Brasil diversos de contratos de concessão com alta inexecução de obras e descumprimento de parâmetros de serviço. Esse processo foi tão relevante que o executivo federal editou a Medida Provisória – MP n.º 752/16, convertida na Lei n.º 13.448/17, que instituiu um regime de extinção consensual desses contratos como alternativa à caducidade, denominado *relicitação*. Pois bem: a própria necessidade de tal instituto indica que algo vinha falhando seriamente nesses projetos.

Não é objeto desta dissertação elaborar hipóteses exaustivas a respeito dos motivos que ensejaram referida situação fática. Apenas usamo-la como substrato empírico para estabelecer o seguinte: (i) que há um *problema de eficácia* em parte dos contratos de concessão celebrados no contexto brasileiro; e (ii) que o problema de eficácia origina-se, sobretudo, em falhas nas tarefas públicas de *estruturação*, *licitação* e *gestão* desses contratos. Nossa hipótese é a Administração Pública tem falhado especialmente na tarefa de *gestão*, tomada na acepção de *gestão da execução*.

Partindo dessas constatações e hipótese, propõe-se, com o presente trabalho, o estudo dos *aspectos jurídicos da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública*. Tal tema comporta três limitações *a priori*:

- (i) O objeto precípua é o estudo da fase contratual das concessões (*gestão*), e não temas jurídicos pré-contratuais (*estruturação* e *licitação*). Entende-se que estes outros temas são dignos de estudo autônomo. Sem embargo, temas pertinentes à *estruturação* e *licitação* de concessões serão abordados de modo pontual, na medida em que as ações de fases pré-contratuais podem influenciar a execução do contrato.
- (ii) A *perspectiva pública* referida acima encerra a perspectiva da Administração-contratante – isto é, *poder concedente* e eventual *agência reguladora*. A atuação

¹ MONTEIRO, V. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 199.

específica de outras instituições estatais na execução dos contratos de concessão, como as entidades de controle externo, não é objeto do presente trabalho.

- (iii) A *perspectiva privada* da execução dos contratos de concessão não será objeto de estudo. Embora seja possível a proposição de estudo com tal recorte, fazê-lo em conjunto com estudo da perspectiva pública tornaria a pesquisa demasiadamente extensa e desfocada, por envolver temas que escapam do objeto de estudo do Direito Administrativo (v.g. relações jurídicas privadas) e, no limite, do próprio Direito (v.g. gestão empresarial). Não obstante, diversos temas que serão abordados sob a perspectiva pública são essenciais à gestão privada, conforme se verá adiante.

Reputa-se importante o tema da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública por duas razões precípuas.

A primeira está relacionada com a papel dos próprios contratos de concessão como instrumentos dedicados à consecução de finalidades públicas. A partir da Reforma do Estado nos anos 90, houve um ressurgimento e fortalecimento das parcerias público-privadas em sentido amplo – aí incluídos os contratos de concessão – não só para realização de atividades-meio, mas também para execução de atividades-fim do Estado. Houve grande proliferação legislativa tratando de espécies concessórias e figuras congêneres, bem como a celebração de diversos pactos concessórios. Essa constatação, por si só, justificaria o estudo empreendido.

Não obstante, há outra razão a justificar a pesquisa. A experiência concessória recente indica um problema de eficácia em parte dos contratos de concessão. E o problema de eficácia origina-se, ao menos em parte, em falhas na gestão desses contratos. Nesse sentido, o presente estudo pode ser útil à compreensão das razões pelas quais determinados contratos não estão apresentando os resultados esperados; ou mesmo contribuir para elaboração de soluções.

A pesquisa será realizada com levantamento e estudo de fontes primárias de referência, especialmente leis e decretos, lançando mão dos bancos de dados públicos para tanto. Também serão apresentados exemplos pontuais de contratos de concessão já celebrados para ilustrar alguns temas específicos. De modo subsidiário, lançar-se-á mão de fontes secundárias, especialmente a doutrina pertinente aos temas que serão tratados.

Na primeira parte do trabalho, estudar-se-á os *regimes de concessão*, com especial foco na questão da divisão entre obrigações de meio e de resultados nesse tipo de avença e suas diferenças para com o regime da Lei n.º 8.666/93 e da nova Lei n.º 14.133/21. Também serão examinadas as tarefas públicas envolvidas na realização desse tipo de empreendimento, de modo a delimitar o escopo desta dissertação: *gestão sob a perspectiva pública*.

Na segunda parte do trabalho, estudar-se-á os três os aspectos jurídicos fundamentais a serem considerados na gestão das concessões: os (ii) *objetos* da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública (v.g. desempenho da concessionária, equilíbrio econômico-financeiro); os (i) *sujeitos* da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública (v.g. poder concedente, agências reguladoras); e (iii) *instrumentos* da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública (v.g. regulação, fiscalização, sanção, alteração).

Ao final, serão sistematizadas as conclusões.

CAPÍTULO 1 – OS REGIMES DE CONCESSÃO E SUA GESTÃO SOB A PERSPECTIVA PÚBLICA

1.1. Introdução

Sabe-se que, com a crise do *Estado Social* e seu caminhar para o *Estado Subsidiário* ou *Regulador*², a intervenção do Estado sob o domínio econômico deixou de ser primordialmente direta, como *agente econômico*, para sê-lo indireta, com manejo da *regulação*³, aqui compreendida como “o estabelecimento e a implementação de regras para a actividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos”⁴. No Brasil, a deflagração desse processo ficou conhecida como a *Reforma do Estado*⁵.

Note-se que a aludida mudança na conformação estatal não significou a renúncia a *objectivos públicos*, com o retorno do Estado Liberal do século XIX⁶; implicou, sim, a delegação ao setor privado de atividades antes “desempenhadas pela Administração, com a conseqüente extinção ou diminuição de órgãos públicos e entidades da administração indireta, e diminuição do quadro de servidores”⁷. Viu-se, então, o ressurgimento e criação de *instrumentos de parceria* entre os setores público e privado⁸.

Contemporaneamente, o referido processo tem se fortalecido a ponto de poder-se afirmar, sem maior receio, que a Administração Pública faz uso do contrato – como espécie de *parceria público-privada* em sentido amplo⁹ –, não apenas para realização de *atividades-meio*, mas também para execução de suas *atividades-fim*. É o que observa Floriano Azevedo Marques Neto:

² CHEVALLIER, J. L'état régulateur. *Revue française d'administration publique*, n.º 111, 2004-03, p. 473 e ss.; JUSTEN FILHO, M. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20 e ss.

³ ARAGÃO, A. S. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 49.

⁴ MOREIRA, V. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

⁵; AGUILLAR, F. H. *Direito econômico: do direito nacional ao supranacional*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 187-188.

⁶ CASSAGNE, J. C. *La intervencion administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 109.

⁷ DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

⁸ SUNDFELD, C. A. Guia Jurídico das Parcerias Públicas-Privadas. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.). *Parcerias públicas-privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 21.

⁹ SUNDFELD, C. A. Guia Jurídico das Parcerias Públicas-Privadas. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.). *Parcerias públicas-privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 21.

Nesse contexto, os contratos do Poder Público deixam de ser mecanismo meramente para exercício das atividade-meio do Estado (aquisição de bens e serviços para desempenho das funções públicas diretamente pela Administração) e passam a ser instrumentos para a consecução das próprias atividades-fim. Na atividade de polícia, temos os termos de ajuste de conduta ou a substituição da sanção por compromissos de reparação dos danos causados pela infração; no campo dos serviços públicos, temos os contratos de gestão com organizações sociais, as parcerias público-privadas e mesmo as concessões de serviços públicos de nova geração, todos com alocações de risco mais arrojadas e consentâneas com o Princípio da Eficiência.¹⁰

Daí por que Carlos Ari Sunfeld consigna que, na “Administração Pública atual, administrar é, sobretudo, contratar”¹¹. Isso é evidenciado pelo grande número de regimes contratuais tipificados na legislação federal nas últimas três décadas¹² e o grande número de contratos já celebrados¹³.

1.2. Regimes de concessão

Fato é que a legislação federal prevê ao menos cinco macrorregimes aplicáveis a contratos celebrados entre a Administração Pública e a iniciativa privada¹⁴: (i) o regime geral previsto na Lei Federal n.º 8.666/93 – LLC/93, com seus tipos contratuais, que vigorará até 1º abril de 2023, quando será integralmente substituída pela Lei n.º 14.133/21 – LLC/21; (ii) o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei n.º 12.462/11), que correspondente ao regime da Lei n.º 8.666/93 com diferenças mais marcantes no procedimento licitatório e com a possibilidade de *contratação integrada* do projeto e obra ou serviço de engenharia¹⁵, que também vigorará até 1º abril de 2023, quando será integralmente substituída pela Lei n.º

¹⁰ MARQUES NETO, F. A. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n. 107, Ano XXIX, pp. 74-82, dez. 2009, p. 81.

¹¹ SUNDFELD, C. A.; JURKSAITIS, G. J. Apresentação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, G. J. (coord.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 13.

¹² Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta ressalvas com relação a esse movimento legislativo. Para ela, os governantes, no afã de efetivar reformas, acabam, por vezes, atropelando o direito positivo (In: *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2).

¹³ Dados do Radar PPP dão conta de que, até 3 de julho de 2019, há celebrados 285 contratos de concessão comum, patrocinada ou administrativa no Brasil, em todas as esferas federativas (união, estados e municípios). Disponível em: <<https://www.radardeprojetos.com/dados>>. Acesso em 3 de julho de 2019. Considerando a função que desempenham tais contratos, conforme será esclarecido adiante, esse número é significativo.

¹⁴ Embora não desconheça as críticas que parte da doutrina faz para noção de *contrato administrativo*, especialmente por supor consensualidade que parece escapar dessa espécie de contrato em razão das prerrogativas unilaterais da Administração – mais intensamente presentes nas concessões de serviço público, em razão de seu objeto –, fato é que a legislação brasileira e a maior parte da doutrina adotaram o termo e, por isso, também assim nos referiremos no presente trabalho, conforme faz Edmir Netto de Araújo (In: *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 741/742) e, com ressalvas, Celso Antônio Bandeira de Mello (In: *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 642).

¹⁵ V. Lei n.º 12.462/11, artigo 9º, § 1º.

14.133/21; (iii) o regime geral previsto na Lei n.º 14.133/21, que traz inovações em relação tanto à Lei n.º 8.666/93 quanto à Lei n.º 12.462/11, prevendo inovações no procedimento licitatório e especialmente a consolidação, no regime geral de contratos administrativos, da possibilidade de *contratação integrada*¹⁶, *semi-integrada*¹⁷ e o *fornecimento e prestação de serviço associado*¹⁸; (iv) o regime de *concessão comum* e *permissão* previsto na Lei Federal n.º 8.987/95; e (v) o regime das parcerias público-privadas em sentido estrito, aí contempladas as modalidades *concessão patrocinada* e *concessão administrativa*, previsto na Lei Federal n.º 11.079/04.

Há, ainda, (vi) regimes contratuais específicos de certos setores, como energia elétrica (*concessão e permissão de serviços públicos de energia elétrica* – Lei n.º 9.074/95), telecomunicações (*concessão e permissão para a exploração de serviços de telecomunicações* – Lei n.º 9.472/97), petróleo e gás (*concessão e regime de partilha de produção para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural* – Lei n.º 9.478/97), portos (*concessão e arrendamento de bem público destinado à atividade portuária* – Lei n.º 12.815/13) e *saneamento básico* (Lei n.º 14.026/20); (vii) algumas espécies de concessão de uso¹⁹, como *concessão florestal* (Lei n.º 11.284/06) e *concessão de direito real de uso* (Decreto-lei n.º 271/67); e também (viii) instrumentos que permitem a colaboração entre Administração e entidades privadas, como *convênio* (art. 116 da Lei n.º 8.666/93), *contrato de gestão* (Lei n.º 9.637/98), *contrato de repasse* (Decreto n.º 6.170/07), *termo de parceria* (Lei n.º 9.790/99), *termo de fomento* e *acordo de cooperação* (Lei n.º 13.019/14).

Esses últimos, embora possam escapar da acepção clássica de contrato como acordo resultante da fusão de prestações contrapostas²⁰, “merecem receber o mesmo tratamento

¹⁶ “Art. 6º [...] XXXII - contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;”

¹⁷ “Art. 6º [...] XXXIII - contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;”

¹⁸ “Art. 6º [...] XXXIV - fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado;”

¹⁹ Conforme refere Fernando Dias Menezes de Almeida: “O regime jurídico da concessão simples do uso de bem público há que ser buscado, em cada caso, na legislação própria de cada ente da Federação, vez que a competência para legislar sobre a gestão do patrimônio público está incluída na competência geral para legislar sobre Direito administrativo, que acompanha a autonomia administrativa dos entes federados” (In: *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartir Latin, 2012, p. 273).

²⁰ ARAÚJO, E. N. *Curso de direito administrativo*. Saraiva: 2018, p. 81.

jurídico do contrato”²¹ por estabelecerem situações jurídicas subjetivas, ainda que envolvendo interesses convergentes. Ademais, exclui-se, para fins do presente raciocínio, a *concessão de uso especial para fins e moradia* (Lei n.º 10.257/01), cuja natureza jurídica é de ato administrativo vinculado²².

Cada um dos regimes contratuais mencionados acima possui características específicas, algumas das quais definidoras para a escolha do modelo de contratação a ser adotado pela Administração a fim de melhor garantir a satisfação do objetivo público subjacente à contratação. Dentre eles, para fins do presente trabalho, importa focar nos *contratos de concessão*.

Com efeito, as Leis n.º 8.987/95 e 11.079/04, junto a regimes concessórios setoriais, por tipificarem espécies do gênero concessão, aproximam-se mais entre si do que ao regime geral da Lei Federal n.º 8.666/93 e da nova Lei n.º 14.133/21, embora ambas prevejam sua aplicação subsidiária às concessões²³. Tal gênero contratual é utilizado, em regra, para viabilização de grandes investimentos e disponibilização de bens e serviços à população em parceria com o setor privado²⁴.

Note-se que o estudo do instituto da concessão como gênero, no contexto nacional, foi proposto especialmente por Vera Monteiro²⁵ e Floriano de Azevedo Marques Neto²⁶.

Vera Monteiro defende haver permeabilidade entre as figuras concessórias desenhadas pela legislação, aduzindo que “as diferenças entre as várias espécies concessórias não são conceituais, mas baseadas na forma como elas articulam e compõem os vários mecanismos que constituem sua estrutura contratual”²⁷. Por isso, prefere caracterizar o gênero concessão por seu aspecto funcional:

²¹ MENEZES DE ALMEIDA, F. D. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartir Latin, 2012, pp. 243-244. Trata-se dos vínculos que o autor denomina como *módulos convencionais de cooperação*.

²² MARRARA, T. Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM): O que Mudou em Seu Regime Jurídico Desde a Constituição de 1988 até a Lei n.13465 de 2017? *GEN Jurídico*, 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/04/03/concessao-de-uso-especial-para-fins-de-moradia-cuem-o-que-mudou-em-seu-regime-juridico-desde-a-constituicao-de-1988-ate-a-lei-n-13465-de-2017>>. Acesso em: 1º de julho de 2019.

²³ De fato, o artigo 124 da Lei n.º 8.666/1993 dispõe que “aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto”. Já a Lei 14.133/21, em seu art. 186, prevê que “Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010.”

²⁴ MONTEIRO, V. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 199.

²⁵ MONTEIRO, V. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁶ MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

²⁷ MONTEIRO, V. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 185

A concessão não é a única modalidade contratual que admite divisão de riscos entre as partes, tampouco a concessão é o único gênero contratual a aceitar o financiamento privados de equipamentos e atividade públicas. [...]

Por tais razões, a escolha foi no sentido de não caracterizar o gênero ‘concessão’ pelos mecanismos que compõem sua estrutura contratual, mas pela sua função típica de viabilizar – por meio de estrutura financeira que aceita a composição entre o capital público e privado – a realização de investimentos significativos voltados à disponibilização de bens e serviços à sociedade²⁸

Já Floriano de Azevedo Marques Neto, a partir de amplo estudo da história do instituto e da evolução das espécies concessórias tipificadas em lei, identifica um *núcleo conceitual* da concessão²⁹, correspondente à

[...] delegação contratual do exercício de uma função pública (execução de uma atividade ou exercício de um direito especial) mediante um ajuste de interesses públicos e privados. Nesse sentido, a concessão assume um caráter de múltiplas aplicações, sendo serviente para a delegação das mais diversas funções públicas. Respeitado esse núcleo conceitual, verifico que a concessão é um instituto de que a Administração Pública lança mão sempre que alvitra atrair particulares para a execução de atribuição sua com vistas ao atingimento de finalidade públicas³⁰

Assumindo, pois, *concessão* como *gênero contratual*, adota-se a definição que normalmente lhe é atribuída pela doutrina e pela legislação³¹, cuja essência, sob o aspecto estrutural, é “a outorga, a diversa pessoa, de um direito relativo a algo que seja *inerente à Administração*, quer se trate de um serviço – serviço público em sentido estrito ou outra atividade própria da Administração – quer seja o uso ou exploração de um bem público”³².

Note-se que a legislação nacional parece ter imprimido relevância à identificação da concessão justamente sob o prisma estrutural. Isso porque a Lei n.º 13.334/16, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI³³, previu que também são considerados *contratos de parceria* os “negócios público-privados” que “adotem estrutura jurídica semelhante” àquela das concessões. No contexto da citada lei, contrato de parceria é

²⁸ MONTEIRO, V. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 199.

²⁹ Aqui compreendida o que o autor denomina *concessão-delegação*, que se diferencia da *concessão-distinção*, “correspondente à adjudicação, ao particular, de um direito que lhe confira status distintivo em relação àqueles outros que se encontram em igual situação jurídica” (MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 114). Cita como exemplos de concessão-distinção: concessão de comendas, concessão de títulos e prebendas, concessão de cidadania, concessão de visto a estrangeiros.

³⁰ MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 322-323.

³¹ DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84-85.

³² MENEZES DE ALMEIDA, F. D. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 262.

³³ Já tive a oportunidade de escrever sobre o tema em coautoria com Caio César Figueiroa (In: *Evolução institucional do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI)*. *Revista de Contratos Públicos*. Belo Horizonte, v.7, n.13, mar./ago. 2018).

conceituado para permitir o influxo de seu regime especial ao projeto de infraestrutura ou empreendimento público que lhe é associado³⁴.

1.3. As concessões como contratos de resultados

Parece ser traço comum às espécies de concessão, considerando o anunciado tratamento legislativo, a assunção do objeto contratual – seja um serviço público ou obra pública, historicamente associados ao instituto³⁵, seja a disponibilização de um bem ou serviço à população em geral ou à própria Administração³⁶ –, com maior liberdade pelo privado, que tem o seu cumprimento mais atrelado à verificação de resultados do que à implementação de meios. Cabe, aqui, a clássica distinção entre obrigações de resultado (*obligation de résultat*) e de meio (*obligation de moyen*) consagrada por René Demogue³⁷, a qual veio a ser amplamente aceita na doutrina teoria geral das obrigações³⁸ e é bem resumida por Teresa Ancona Lopes: “na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade”³⁹.

Veja-se, no mesmo sentido, a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Diz-se que a obrigação é de meio quando o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem, no entanto, responsabilizar-se por ele [...]. Quando a obrigação é de resultado, o devedor dela se exonera somente quando o fim prometido é alcançado. Não o sendo,

³⁴ “Art. 1º Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.”

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se contratos de parceria a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante.”

³⁵ LAUBEDÈRE, A. *Traité élémentaire de droit administratif*. 5ª ed., v. II. Paris: LGDJ, 1970, p. 218; RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômicos-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69.

³⁶ MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 200.

³⁷ DEMOGUE, R. *Traité des obligations en général*, t. 5, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 536.

³⁸ Embora amplamente aceita, há quem proponha adaptações em tal distinção. Destaca-se a proposta por Henri Mazeaud, que preferia diferenciar obrigações gerais de prudência e diligência (*obligations générales de prudence et de diligence*) de obrigações determinadas (*obligations déterminées*) (MAZEAUD, H. *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles: obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence*. RTDC, 1936, p. 1-58).

³⁹ LOPEZ, T. A. *O dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

é considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso.⁴⁰

Daí por que se constata: as concessões são contratos em que o privado se submete, *primordialmente*, a obrigações de resultado.

Especificamente no que tange à concessão comum, a lei determina de modo expresso que a assunção do objeto se dá *por conta e risco* do contratado, conforme define o artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 8.987/1995. Embora isso não signifique que todos os riscos correm por sua conta, conforme adverte Marcos Augusto Perez⁴¹, fato é que indica maior assunção de responsabilidades pelo privado e, conseqüentemente, maior liberdade para atuar no que tange às atividades ligadas à exploração do serviço público concedido.

Como esclarece Floriano Azevedo Marques Neto, nos contratos de concessão comum, transfere-se ao particular os riscos que digam com sua capacidade de explorar o serviço, como riscos de custo e de demanda. Confira-se:

[...] a concessão comum envolve, por certo, um arranjo pelo qual o particular (concessionário) assume riscos nos termos do que dispuser o pacto concessório (contrato). E devem ser transferidos ao particular os riscos que digam com sua capacidade de bem explorar o serviço (riscos de custo, riscos de demanda, por exemplo), ficando com o Poder Público aqueles riscos dificilmente evitáveis pela diligente ação do privado (risco político, riscos de alteração legislativa, riscos derivados de força maior, por exemplo). Mas se tenha, desde logo, claro que inexistente possibilidade de se preconizar de modo geral e abstrato cláusulas pétreas sobre a alocação de riscos, variando o arranjo a depender das peculiaridades de cada concessão.⁴²

No mesmo sentido são as previsões aplicáveis às concessões patrocinada e administrativa: a Lei n.º 11.079/04 elenca como *cláusula obrigatória* em tais contratos “critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado”, nos termos de seu artigo 5º, inciso VII; prevê, ainda, como *diretriz* das parcerias público-privadas a “repartição objetiva de riscos entre as partes”, conforme o artigo 4º, inciso VI. Outrossim, Alexandre Santos de Aragão leciona que, neste tipo de avença, o que realmente importa é o resultado final entregue pelo particular. Observe-se:

⁴⁰ GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro – teoria geral das obrigações*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190-191.

⁴¹ “O que defendemos é que por sua conta e risco não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são por conta e risco do concessionário aqueles riscos que o contrato expressa ou implicitamente, lhe transferir” (PEREZ, M. A. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 129-130).

⁴² MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 184.

[...] o que se busca é fixar o resultado final a ser alcançado pelo contrato, deixando a definição dos meios para alcançá-los o mais possível na órbita do parceiro privado, principalmente quando da elaboração da sua proposta técnica, não o vinculando a um projeto básico prévia, definitiva e unilateralmente fixado pela Administração, como determinado pela Lei n.º 8.666/93 para as empreitadas de obras públicas⁴³

Vê-se regras semelhantes aplicáveis às espécies concessórias setoriais, seja em referência a dispositivos da Lei n.º 8.987/95, como, por exemplo, no setor de energia elétrica (art. 4º da Lei n.º 9.074/95), seja em previsões específicas, como a obrigatoriedade de fixação e cumprimento de “metas de universalização” nos contratos de concessão no setor de telecomunicações (art. 80 da Lei n.º 9.472/97), o estabelecimento de “critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade” nos contratos de concessão portuária (art. 4º c/c 5º, III, da Lei n.º 12.815/13) e a “obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural” em concessões para produção de hidrocarbonetos (art. 26 da Lei n.º 9.478/97).

No que tange às concessões de uso de bens públicos, tomada em acepção genérica⁴⁴, vê-se o resultado com emprego do bem para os devidos fins estabelecidos no contrato de concessão⁴⁵.

Daí decorre, provavelmente, a maior diferença entre os regimes contatuais tipificados na Lei n.º 8.666/93 e o que ora denomino *regimes de concessão*⁴⁶: nos primeiros, o poder público, enquanto contratante, assume praticamente todos os riscos da execução contratual, cabendo ao contratado apenas realizar a obra ou prestar o serviço nos exatos moldes constantes do projeto licitado⁴⁷. Não por outra razão, exige-se, como condição à abertura de

⁴³ In: As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n.º 2, maio/junho/julho de 2005, p. 32.

⁴⁴ MENEZES DE ALMEIDA, F. D. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 261 e 271-278.

⁴⁵ “O que é importante notar aqui é que o objeto dessa modalidade concessória é a delegação, ao particular, do uso de um bem público com vistas a que tal bem (i) seja empregado numa finalidade diretamente coincidente com um interesse geral (cumprimento de uma política pública, atingimento de uma finalidade social, oferta econômica) ou, então, (ii) seja prestante a atender um interesse fiscal do estado (gerar rendas ou empregar o bem em alguma finalidade privada compatível com sua função social)” (MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 267).

⁴⁶ Incluo, aqui, (i) as *concessões comuns* (Lei de Concessões); (ii) as *concessões patrocinadas* (Lei de PPP), (iii) as *concessões administrativas* (Lei de PPP) e (iv) os regimes concessórios setoriais que se baseiam nas normas gerais de ambas as leis, caracterizados pela “outorga, a diversa pessoa, de um direito relativo a algo que seja inerente à Administração, quer se trate de um serviço – serviço público em sentido estrito ou outra atividade própria da Administração – quer seja o uso ou exploração de um bem público” (MENEZES DE ALMEIDA, F. D. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 262).

⁴⁷ Tal exigência evidencia o fato de que a Lei n.º 8.666/93 foi editada tendo como preocupação central as empreitadas de obra pública, conforme observa Carlos Ari Sundfeld (Guia jurídico das parcerias público privadas. In: SUNDFELD, C. A. (coord.). *Parcerias públicos-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 22).

licitação, a existência de, ao menos, *projeto básico*, conforme o artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, sendo o ideal, no entanto, a preexistência de *projeto executivo*, nos termos do artigo 7º, § 1º, do mesmo diploma, conforme observa Marçal Justen Filho⁴⁸.

Nota-se que tais diferenças são menos marcantes no regime da Lei n.º 14.133/21, que, inspirada na solução do Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei n.º 12.462/11), permite a *contratação integrada*, na qual a licitação ocorre apenas com anteprojeto, cabendo ao privado o desenvolvimento dos projetos básico e executivo⁴⁹. Porém, mantém-se a lógica de vinculação do prazo do contrato a disponibilidade de créditos orçamentários e à previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro⁵⁰. Também se limita o prazo em até 5 (cinco) anos para hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos⁵¹, prorrogáveis até o limite total de 10 (dez) anos especificamente para regime de *fornecimento e prestação de serviço associado*⁵².

Nos regimes de concessão, diversamente, quando envolvem obras de engenharia, exige-se apenas os *elementos do projeto básico* para que se proceda à contratação, nos termos do artigo 18, inciso XV, da Lei n.º 8.987/95 c/c artigo 11, *caput*, da Lei n.º 11.079/04, cabendo ao contratado o desenvolvimento e gestão dos projetos pertinentes à execução do objeto do contrato. Se serviço público ou ao próprio Estado, interessa a *performance* do particular dentro dos parâmetros contratuais e/ou regulamentares (Lei n.º 8.987/95, art. 18, XV c/c Lei n.º 11.079/04, art. 5º, VII). Também são características das concessões os longos prazos contratuais, sem limitação *a priori* no regime de *concessão comum* (Lei n.º 8.987/95) e com limitação de até 35 (trinta e cinco) anos nos regimes de *concessão patrocinada* e *concessão administrativa* (Lei n.º 11.079/04).

Também notável a diferença com relação à complexidade do objeto contratual: no regime das Leis n.º 8.666/93 e 14.133/21, a pluralidade de objetos não é regra, até pelo entendimento dos tribunais de conta no sentido de que deve haver fracionamento do objeto

⁴⁸ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 143.

⁴⁹ A contratação denominada semi-integrada equivale à contratação da Lei 8.666/93 apenas com projeto básico, donde não se trata propriamente de uma novidade.

⁵⁰ “Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.”

⁵¹ “Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes: [...]”

⁵² “Art. 113. O contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação na forma do art. 107 desta Lei.”

sempre que possível. Nos regimes de concessão, diversamente, a pluralidade e complexidade do objeto contratual (obras, serviços, fornecimentos etc.) é efetivamente um traço distintivo.

Logicamente, junto à tarefa de desenvolver projetos, são transferidos ao privado os riscos inerentes a esta atividade, tais como metodologia de execução, quantidade, dentre outros. Trata-se, cumpre frisar, de riscos diretamente ligados à exploração do serviço e/ou obra, motivo pelo qual é regra sua atribuição ao particular, como visto acima. Noutras palavras: ao contrário dos contratos administrativos regidos pela Lei n.º 8.666/93 e, em menor medida, pela Lei n.º 14.133/21 – nos quais a execução do objeto deve ser dar nos exatos termos das especificações definidas pela Administração –, os *regimes de concessão* têm por objeto o oferecimento, pelo concessionário, de um *resultado*⁵³, o qual deve ser aferido por meio de parâmetros estabelecidos no contrato, e não, em regra, pelos métodos utilizados pelo particular.

Carlos Ari Sundfeld observa que a liberdade de meios está relacionada ao fato de transferir-se ao privado, nas parcerias público-privadas em sentido amplo, *responsabilidades de gestão*. Confira-se:

De outro lado, os arranjos de parceria atribuem aos particulares responsabilidades de gestão, e seu bom exercício exige liberdade de meios; assim, o edital de licitação não poderia conter a predefinição a respeito. Ademais, o Estado precisa de parceiros que tragam financiamento para implantar infraestrutura; não se pode, então, proibi-lo, como fez a Lei de Licitações. Essas regras tiveram, então, de ser afastadas pela Lei de Concessões.⁵⁴

Não por outra razão a Lei Federal n.º 8.987/1995, ao tratar da concessão comum, embora não dê maior importância aos métodos empregados pelo particular, prevê, (i) como *pressuposto da concessão*, a “prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários” (art. 6º, *caput*), (ii) como *obrigação da concessionária*, “prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato” (art. 32) e, (iii) como *hipótese de caducidade*, a “prestação do serviço de forma inadequada ou deficiente” (art. 38, §1º, I). Definiu, ainda, serviço adequado como aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (art. 6º, § 1º).

⁵³ No caso da concessão envolver um serviço público, cabe aqui o conceito de *serviço adequado* referenciado no artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal e definido no artigo 6º da Lei n.º 8.987/95.

⁵⁴ SUNDFELD, C. A. Guia jurídico das parcerias público privadas. In: SUNDFELD, C. A. (coord.). *Parcerias públicos-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 22.

Tendo em vista que o próprio contrato de concessão constitui um instrumento de regulação⁵⁵, Flávio Amaral Garcia destaca que a estratégia regulatória adjacente a tais avenças “volta-se para a indução do operador econômico privado a alcançar as metas, objetivos e finalidades previamente definidos no contrato”⁵⁶. E prossegue:

Para tanto, é fundamental a fixação de indicadores de desempenho que sejam objetivamente monitoráveis e vinculados diretamente ao sistema remuneratório, com a criação de incentivos econômicos que traduzam uma equação simples: quanto maior a eficiência na execução do contrato e no atingimento das finalidades, maior a remuneração do parceiro privado.⁵⁷

É natural que, com a delegação de tais misteres, conforme observa Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, ao poder concedente é dada “a função permanente de verificação e correção das competências públicas desempenhadas pelo particular”⁵⁸. É o que Héctor Jorge Escola descreve como prerrogativa de *direção e controle*⁵⁹.

Vê-se isso da leitura de diversos dispositivos da Lei n.º 8.987/95, os quais dispõem que: (i) “as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários” (art. 3º); (ii) é cláusula essencial do contrato a relativa “à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la” (art. 23, I); (iii) caso a concessão envolva obra pública, adicionalmente, o contrato deve “estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão” (art. 23, par. ún., I) e “exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão” (art. 23, par. ún., II); e que (iv) incumbe ao poder concedente “regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação” (art. 29, I).

Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt refere, ainda, que, “caso se avalie que a concessionária não está atendendo de modo satisfatório e desejável às obrigações assumidas, o concedente deverá manejar seus poderes instrumentais para corrigir a atuação do

⁵⁵ Essa ideia será explorada no item 4.2.

⁵⁶ GARCIA, F. A. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, (edição especial), 2017, p. 95.

⁵⁷ GARCIA, F. A. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, (edição especial), 2017, p. 95.

⁵⁸ BITTENCOURT, M. V. C. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 187.

⁵⁹ ESCOLA, H. J. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Astrea, 1979, t. 1, p. 78.

concessionário”⁶⁰. Por isso as prerrogativas, constantes da Lei n.º 8.987/95, de *sanção* (art. 23, VIII c/c art. 29, II), *intervenção* (art. 29, III c/c art. 32), *alteração unilateral* (art. 9º, § 4º) e *extinção unilateral*, aí compreendidas os institutos da *encampação* (art. 35, II c/c art. 37), *caducidade* (art. 35, III c/c art. 38) e *anulação* (art. 35, V). Embora as considerações do autor tenham sido feitas com o recorte da concessão comum, nota-se que tais disposições aplicam-se plenamente às concessões patrocinada e administrativa, conforme, respectivamente, os artigos 2º, § 1º e 3º da Lei n.º 11.074/04, e, ainda que em parte, às demais espécies de concessões previstas na legislação setorial.

Se, por um lado, tem-se que as concessões, em linha com as evidências apresentadas acima, são contratos em que o privado se submete, primordialmente, a obrigações de resultado, por outro, é certo que *estruturar, licitar e gerir a execução* de tais contratos não é tarefa simples, dada a própria complexidade que lhes é inerente⁶¹. São ajustes de longo prazo, associados a grandes investimentos em infraestruturas e/ou serviços com algum grau de interesse público – quando não *serviços públicos* em sentido estrito –, contemplando uma multiplicidade de prestações por parte do privado e, por vezes, da própria Administração, sempre observando a correspondente matriz de riscos.

A complexidade, contudo, não é pretexto para o poder público não agir. Embora decisão de contratar uma concessão seja, por sua própria natureza, *ato discricionário*⁶², uma vez que tomada tal decisão, emerge o dever de a Administração realizá-la a contento. As determinações legais no imperativo do vernáculo não dão margem a interpretação diversa. Outrossim, as tarefas públicas associadas à realização da concessão (em linhas gerais: *estruturação, licitação e gestão*) inter-relacionam-se para que, ao fim, haja a efetiva entrega resultado pelo particular – o que, segundo o pressuposto ora apresentado, é *pedra de toque* das concessões.

1.4. Crise de eficácia das concessões no Brasil

⁶⁰ BITTENCOURT, M. V. C. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 187-188.

⁶¹ JUSTEN FILHO. M. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 315.

⁶² Temos discricionariedade administrativa como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (DI PIETRO, M. S. Z. *Da discricionariedade administrativa*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 41).

Cumpra destacar, no entanto, que o poder público tem enfrentado dificuldades no que toca às tarefas referidas acima. Viu-se, na última década, diversos contratos de concessão e instrumentos congêneres com problemas de inexecução por parte dos privados, especialmente nos setores rodoviário⁶³ e aeroportuário⁶⁴.

Com efeito, no âmbito do já citado Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, instituído para “ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização” (art. 1º da Lei n.º 13.334/16), criou-se a possibilidade de *extinção amigável* dos contratos de concessão associada à *nova licitação* de seu objeto, quando houver dificuldade de a concessionária executar o contrato original. Trata-se da Medida Provisória – MP n.º 752/2016, posteriormente convertida na Lei n. 13.448/2017, que “estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei n.º 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal”.

No contexto da citada lei, define-se *relicitação* como o “procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim” (art. 1º). Tal procedimento é permitido “com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços” para “contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente” (art. 13).

Uma vez qualificado o contrato para relicitação, prevê-se: (i) a suspensão de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente em curso contrato o contratado (art. 14, § 3º); e (ii) a vedação à aplicação ao contratado dos regimes de recuperação judicial e falência (art. 14, § 4º).

Impõe-se, ainda, a celebração de termo aditivo com o contratado do qual deve constar: (i) “a aderência irrevogável e irretroatável do atual contratado à relicitação do empreendimento

⁶³ VELLOSO, R. *Recessão extraordinária e o abalo das concessões de 2013*. Rio de Janeiro: Fórum Nacional, 2016, p. 9-10.

⁶⁴ ANAC apura descumprimentos contratuais pela concessionária de Viracopos. *Agência Nacional de Aviação Civil*, 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2018/anac-apura-descumprimentos-contratuais-pela-concessionaria-de-viracopos-3>>. Acesso em 3 de julho de 2019.

e à posterior extinção amigável do ajuste originário” (art. 15, I); (ii) “a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria” (art. 15, II); e (iii) “o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente” (art. 15, III).

A citada lei foi reproduzida em termos praticamente idênticos no Estado de São Paulo (Lei Estadual n.º 16.933/19).

Sem entrar no mérito de tal política pública, fato é que houve o reconhecimento, por lei e em mais de uma esfera da federação, que diversos contratos de concessão não iam bem, a ponto de lançar-se para eles um *regime específico, certamente mais brando, de extinção*.

Mas não foi só. Na tentativa de preservar os contratos de concessão rodoviária com altos índices de inexecução de investimentos iniciais, o governo federal editou a MP n.º 800/2017, por meio da qual previa-se a possibilidade de a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT “realizar, de comum acordo com as concessionárias, a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais cujos contratos prevejam concentração de investimentos em seu período inicial [...]”. A MP, no entanto, caducou sem conversão em lei.

Todos esses fatos geraram reação de controladores, em especial do Tribunal de Contas da União – TCU. Isso ficou claro em dois exames prévios de editais da ANTT, realizados conforme a Instrução Normativa-TCU n.º 46/2004⁶⁵: (i) modelagem da concessão da Rodovia de Integração Sul – RIS, composta pelas rodovias BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS e BR-448/RS, em 23 de maio de 2018; e (ii) modelagem da concessão das rodovias BR-364/365/GO/MG, entre as cidades de Jataí/GO e Uberlândia/MG, basicamente um ano depois: 15 de maio de 2019.

No primeiro caso, avaliando percentuais de inexecução de contratos das três etapas que compõem do Programa de Concessão de Rodovias Federais, a área técnica do Tribunal chegou a afirmar que “é possível concluir sobre a existência de um descompasso, em desfavor dos usuários e da União, entre as tarifas de pedágio e a eficácia dos contratos de concessão, de sorte que a evolução das tarifas não corresponde ao cenário de inexecução sistêmica dos

⁶⁵ Sobre o controle prévio do TCU dos contratos de concessão, v. ROSILHO, A. *Controle da administração pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

contratos”⁶⁶. Foram determinadas e recomendadas diversas medidas à ANTT para, em tese, mitigar tal fato, de alterações contratuais a políticas regulatórias em geral. No segundo acórdão, foram reiteradas as considerações acerca das inexecuções contratuais e fez-se um monitoramento das determinações feitas por ocasião do primeiro acórdão, donde advieram novas determinações e recomendações.⁶⁷

1.5. As tarefas públicas associadas à implementação das concessões

Como adiantado na introdução desta dissertação, não é objeto deste estudo elaborar hipóteses exaustivas a respeito dos motivos que ensejaram a situação fática descrita acima, ou criticar as referidas decisões do TCU. Tais fatos são utilizados apenas como substrato empírico para estabelecer o seguinte: (i) há um *problema de eficácia* em parte dos contratos de concessão celebrado no contexto brasileiro; e (ii) o *problema de eficácia* origina-se, sobretudo, em falhas nas tarefas públicas de *estruturação, licitação e gestão* desses contratos.

Note-se que, embora identifique-se tais tarefas como *públicas*, os setores público e privado atuam em conjunto em todas essas etapas.

Na estruturação, embora seja o governo quem possui o poder-dever de atuar, raramente o faz sozinho, contando com o apoio da iniciativa privada para elaboração de estudos de viabilidade pela via contratual, por Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI ou instrumento congênere.

Já na fase de licitação, setores público e privado atuam em posições contrapostas: o primeiro dá as condições da concorrência pelo contrato; o outro, disputa o contrato, apresentando sua proposta, a qual, uma vez homologada pelo governo e o contrato adjudicado ao vencedor, informa a equação final de relação público-privada, nos termos do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal.

Por fim, durante a *execução contratual*, embora o objeto contratual seja executado diretamente pelo privado – normalmente a prestação de um serviço público –, o setor público tem, primordialmente, o dever de “cumprir e fazer cumprir” o contrato, nos termos do art. 29, inc. VI, da Lei n.º 8.987/95.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1174/2018. Interessado: Agência Nacional de Transportes Terrestres. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 23 de maio de 2018. Julgado em 23 de maio de 2018.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1096/2019. Interessado: Agência Nacional de Transportes Terrestres. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 23 de maio de 2018. Julgado em 15 de maio de 2019.

Denominamos *gestão* tarefa pública que cabe ao poder concedente durante a execução do contrato de concessão – daí o título do presente trabalho: aspectos jurídicos da gestão das concessões sob a perspectiva pública. Elege-se o termo *gestão* para abarcar um plexo de atividades relativamente heterogêneas justamente em razão da dimensão gerencial, de busca por eficiência e eficácia, que parece essencial a elas⁶⁸.

1.6. Conclusões parciais

Do exposto no presente capítulo, concluímos que: (i) os regimes de concessão são contratos em que os privados se submetem primordialmente a obrigações de resultado; (ii) parte dos projetos de concessão no Brasil não apresentou a performance contratualmente aceitável nos últimos anos; (iii) a realização de projetos de concessão envolve ao menos três tarefas públicas fundamentais (*estruturação, licitação e gestão*); (iv) dentre as tarefas públicas identificadas, a *gestão* é a mais relevante para conferir *eficácia* aos pactos concessórios.

No próximo capítulo, analisaremos quais são os *objetos* mais relevantes da gestão das concessões sob a perspectiva pública e que, por isso, merecem especial atenção da Administração Pública.

⁶⁸ Como Antônio Carlos Cintra do Amaral já anotou: “A gestão do contrato em por objetivo a eficácia do contrato. Se o contrato é em conduzido, chega-se a um resultado eficaz, que se alcança quando os objetivos das partes são atendidos, na medida do possível. Digo ‘na medida do possível’ porque uma coisa é o planejado e outra o executado. Mas as partes devem voltar-se para a gestão do contrato visando aproximar o mais possível do planejado. Nem sempre se atenta para o óbvio: um contrato deve ser bem planejado, bem formulado e bem executado. É um conjunto de etapas e todas elas devem ser satisfatoriamente cumpridas.” (AMARAL. A. C. C. *Licitação e Contrato Administrativo: estudos, pareceres e comentários*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 216)

CAPÍTULO 2 – OBJETOS DA GESTÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA PÚBLICA

2.1. Objetos: o quê?

Os *objetos* da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública são os temas, os assuntos, as matérias com as quais o poder concedente e/ou agência reguladora devem lidar para que a concessão tenha sucesso. São temas que, conforme se verá adiante, decorrem diretamente da Constituição, da lei e/ou dos próprios contratos, os quais se relacionam com a *finalidades* desses projetos e que, por isso mesmo, têm relevância invulgar para o seu sucesso.

Há que se limitar, porém, o escopo dessa análise. Por certo, a maioria dos *meios* da Administração tem algum grau de relevância para o bom funcionamento do poder concedente no âmbito das concessões (v.g. protocolos internos, procedimentos administrativos, registro de atos, recursos humanos etc.). Mas não é este o objeto do presente estudo. Esforço nesse sentido seria tão enorme quanto inútil, vis-à-vis que todo e qualquer tema da máquina pública teria que ser abordado, tirando foco desta dissertação: as concessões.

2.2. Desempenho da concessionária

Como demonstrado no capítulo 1, os regimes de concessão têm por objeto o oferecimento, pela concessionária, de um resultado. Assim, em regra, não importa saber como a concessionária vai entregar as obras ou serviço, mas sim se fá-lo a tempo e qualidade. Isso é o que denominamos desempenho da concessionária; sua performance na execução do objeto do contrato.

Identificamos, pois, dois escopos comuns a maioria dos contratos de concessão: (i) *escopo de investimentos na infraestrutura e/ou serviço*; e (ii) *escopo de operação da infraestrutura e/ou serviço*. As concessões exigem do poder concedente especial atenção a esses dois temas. São o *crème de la crème* das concessões; seu principal resultado. Por isso, consubstanciam o que denominamos desempenho da concessionária.

Não obstante, tais escopos são acompanhados de diversas outras obrigações para as concessionárias. São obrigações de caráter acessório, as quais são exigidas e fiscalizadas para

garantir a realização dos escopos principais. Algumas são relevantes o suficiente para tratamento em tópico específico (v.g. garantias e seguros).

Pois bem. O *escopo de investimentos na infraestrutura ou serviço* compreende a realização de obras e/ou instalação de equipamentos para funcionamento do bem e/ou prestação dos serviços dentro dos parâmetros contratuais. No caso do regime da Lei n.º 8.987/95, trata-se da *concessão de serviço público precedida da execução de obra pública*⁶⁹; no caso das parcerias público privadas em sentido estrito, temos a *concessão patrocinada com obras públicas*⁷⁰ e a *concessão administrativa que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*⁷¹.

Para esse escopo, em regra, cobra-se a execução dos investimentos constantes de *elementos do projeto básico* (art. 18, inc. XV, da Lei n.º 8.987/95) ou *anteprojeto de engenharia* (art. 10, § 4º, da Lei n.º 11.079/04). Tais investimentos devem ocorrer em cronograma pré-determinado: no regime de concessão comum, conforme o art. 23, parágrafo único, inc. I, da Lei n.º 8.987/95; no regime de parceria público-privada, conforme o art. 5º, inc. XI, da Lei n.º 11/079/04. Chamamos estes de *investimentos obrigatórios*. Embora os editais normalmente apresentem elementos mínimos para sua caracterização – até para não gerar distorções no leilão, dando ensejo a comportamentos oportunistas –, cabe ao contratado o desenvolvimento e gestão dos projetos executivos pertinentes a tais investimentos. Eis que os *elementos do projeto básico* ou o *anteprojeto de engenharia*, por sua própria natureza, são referenciais.

Há ainda a possibilidade de determinados investimentos estarem sujeito à condição⁷², isto é, são *investimentos condicionados*. As condições são usualmente denominadas *gatilhos de investimento*, os quais correspondem aos eventos futuros e incertos que determinam a

⁶⁹ Conforme o art. 2º, inc. II, da Lei n.º 8.987/95: “Art. 2º (...) III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;”

⁷⁰ Conforme o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 11.079/04: “Art. 2º (...) 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

⁷¹ Conforme o art. 2º, § 2º, da Lei n.º 11.079/04: “Art. 2º (...) § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”

⁷² Na lição de Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva: “As condições constituem-se em elemento acidental dos negócios jurídicos, caracterizadas pela voluntariedade, futuridade e incerteza. Notas sobre a condição no negócio jurídico” (Notas sobre a condição no negócio jurídico. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 16/2018, jul-set. 2018, p. 62).

obrigatoriedade da realização de um ou mais investimentos. Tais eventos, ou gatilhos, são aferíveis por parâmetros técnicos, normalmente o atingimento de um determinado *patamar de demanda* pela infraestrutura e/ou serviço (v.g. volume de tráfego em rodovias, passageiros em aeroportos, movimentação de carga em instalações portuárias etc.). Nesses casos, há um prazo para conclusão dos investimentos cuja condição foi satisfeita, bem como elementos para sua caracterização e precificação.

Já o *escopo de operação da infraestrutura e/ou do serviço* consiste na disponibilização, pela concessionária, da infraestrutura e/ou serviço dentro dos parâmetros contratuais. Nos casos em que a concessionária não é responsável pela realização de investimentos, tal escopo se inicia com a assunção da concessão. Nos casos em que há o supracitado *escopo de investimentos*, a disponibilização ocorre após a sua finalização, no todo em parte. Isso é que o que indica a Lei n.º 11.079/04, ao segregar *fase de investimentos* da fase de *disponibilização dos serviços*, admitindo a operação parcial – e o consequente pagamento de parcela fruível do serviço:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...]

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, *na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços*, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei.

O desempenho da concessionária na operação da infraestrutura ou do serviço, por sua vez, deve ser mensurado por meio de “critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço” constantes do contrato, conforme determina o art. 23, inc. III, da Lei n.º 8.987/95. A importância desse dispositivo para as concessões é muito bem ressaltada por Marçal Justen Filho:

O instrumento contratual deverá prever instrumentos jurídicos de avaliação da qualidade do serviço prestado. A natureza desses indicadores variará segundo a natureza do serviço - daí a amplitude semântica das expressões utilizadas no inc. III. Pretende-se não apenas confirmar o dever de o concessionário prestar serviço adequado, mas, também, estabelecer critérios objetivos de controle de sua conduta.

A existência de indicadores que permitam avaliação objetiva é fundamental por inúmeros motivos. Em primeiro lugar, porque permite fiscalização preventiva, reduzindo o risco de danos. O poder concedente, o concessionário e os usuários poderão determinar, inclusive, a potencialidade de ocorrências danosas. Depois, haverá objetivação dos poderes estatais de fiscalização do concessionário. A verificação da desconformidade entre a atuação do concessionário e os parâmetros de qualidade do serviço imporá o dever de o poder concedente adotar as providências necessárias, inclusive promovendo a extinção da concessão por caducidade.

Enfim, o dispositivo retrata a existência de garantias para os usuários, o concessionário e o próprio poder concedente acerca dos critérios de avaliação da qualidade do serviço, o que se relaciona com a previsão do inc. VII.⁷³

No caso das PPPs, há a possibilidade expressa de vinculação de parcela da remuneração paga pelo parceiro público ao desempenho da concessionária na operação dos serviços⁷⁴. Essa mesma lógica parece-nos aplicável às concessões comuns, a partir de previsão de bônus ou deflatores tarifários, bastando que o contrato assim o preveja.

Assim, conclui-se que a mensuração do desempenho, tanto quanto aos investimentos quanto à operação, é tarefa do poder concedente ou agência reguladora por meio do manejo o instrumento da *fiscalização* (cf. capítulo 4, item 4.3). Caso torne-se inadimplente, conforme o regramento contratual, caberá o acionamento dos instrumentos de *sanção* (cf. capítulo 4, item 4.4), *intervenção* (cf. capítulo 4, item 4.7) e no limite *extinção por caducidade* (cf. capítulo 4, item 4.8.2). Especificamente sobre os aspectos regulamentares do serviço ou bem, cabe o manejo do instrumento da *regulação* (cf. capítulo 4, item 4.2).

2.3. Equilíbrio econômico-financeiro

O conceito de equilíbrio econômico-financeiro, aplicável a contratos administrativos em geral (no que se incluem as concessões), tem fundamento no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, que, dentre outras regras – sendo a mais notável a obrigatoriedade de licitação como padrão nas contratações públicas⁷⁵ – impõe a manutenção das *condições efetivas da proposta* durante a execução contratual:

Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, *as obras, serviços, compras e alienações serão contratados* mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, *mantidas as condições efetivas da proposta*, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifou-se)

⁷³ JUSTEN FILHO, M. Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 251.

⁷⁴ “Art. 6º [...] § 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.”

⁷⁵ MELLO, C. A. B. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2018. P. 541.

Tal dispositivo foi regulamentado pela União por meio da Lei n.º 8.666/93, que institui normas gerais para licitações e contratos administrativos. Especificamente sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, apresenta as seguintes regras:

- (i) Art. 58, § 1º: direito do contratado a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro;
- (ii) Art. 58, § 2º: dever de a Administração rever as cláusulas econômico-financeiras dos contratos quando houver por bem “modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público”, de modo a “manter o equilíbrio contratual”;
- (iii) Art. 65, inc. II, alínea “d”): permissivo de alteração consensual do contrato administrativo para reequilíbrio econômico-financeiro 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”; e
- (iv) Art. 65, § 6º: dever de a Administração proceder ao reequilíbrio na hipótese de modificação unilateral do contrato que “aumente os encargos do contratado”.

A lógica presente no regime da Lei n.º 8.666/93 é de que o contratado suporte tão somente os riscos ordinários do contrato, isto é, a execução do que houver sido delimitado no projeto básico ou executivo nas condições originais da proposta. Nesse sentido, seria objeto de reequilíbrio “a concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular”, desde que “a elevação dos encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular”⁷⁶. Os riscos do particular são bastante limitados mesmo nos regimes de empreitada por preço global ou empreitada integral, conforme também observa Marçal Justen Filho⁷⁷.

Ainda no regime da Lei n.º 8.666/93, a Administração assume os riscos inerentes à própria conduta – v.g. modificação unilateral do contrato e fato da Administração – e as áleas extraordinárias e extracontratuais – v.g. fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, força maior, caso fortuito e fato do príncipe. Com isso, a lei desestimula a precificação de riscos cujo controle pelo contratado é difícil ou mesmo

⁷⁶ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. P. 776.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. P. 130-131.

impossível⁷⁸. Fernando Vernalha Guimarães resume: “A finalidade é desonerar as propostas desses custos, transferindo-se a responsabilidade de gerenciamento desses riscos à Administração”⁷⁹.

Tendo em vista essas características legais, ao comentar a Lei n.º 8.666/93, Marçal Justen Filho define o equilíbrio econômico-financeiro como “a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente”⁸⁰. A lição de Edmir Netto de Araújo também é no mesmo sentido:

Em linguagem algébrica, se ‘x’ (prestação do objeto contratual) corresponde, no início, a ‘y’ (remuneração dessa prestação), caso no decorrer do contrato essa prestação seja alterada pelo Estado para ‘x + x’’, a remuneração deverá, em tese, evoluir igualmente para ‘y + y’.⁸¹

Além de dispositivos da Constituição e da Lei n.º 8.666/93, a Lei n.º 8.987/95 também disciplina o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Em suma, em seu capítulo dedicado à política tarifária, define equilíbrio econômico-financeiro pela *manutenção das condições do contrato* (art. 10 da Lei n.º 8.987/95); permite que o contrato preveja *mecanismos para revisão das tarifas* para manter-se o seu equilíbrio econômico-financeiro (art. 9º, § 2º, da Lei n.º 8.987/95); e dispõe acerca do dever de o poder concedente *reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro* do contrato em havendo alteração unilateral que o afete, de modo concomitante à alteração (art. 9º, § 3º, da Lei n.º 8.987/95), como segue:

Art. 9º [...] § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. [...]
§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

⁷⁸ GUIMARÃES, F. V. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, M.; SCHWIND, R. W. (coord.). *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 238.

⁷⁹ GUIMARÃES, F. V. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, M.; SCHWIND, R. W. (coord.). *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 238.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. P. 887.

⁸¹ ARAÚJO, E. N. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 758.

A preocupação do legislador ao referir-se à *concomitância* entre o desequilíbrio e o reequilíbrio se relaciona com o aspecto não só *econômico*, mas também *financeiro* do equilíbrio, conforme observa Arnoldo Wald, ao analisar o artigo 9º da Lei de Concessão:

O legislador utilizou a dupla adjetivação do equilíbrio. Deve ser econômico para assegurar ao concessionário a rentabilidade inicialmente estabelecida pelo contrato e financeiro para que seja respeitado o fluxo de caixa previsto contratualmente, ou seja, a relação entre entradas (receita) e saídas (investimentos e despesas) de recursos que foi acertada inicialmente⁸²

Entende-se que tal regramento também se aplica às concessões patrocinadas, por força do art. 3º, § 1º, da Lei n.º 11.079/04⁸³. Não se aplicam, porém, às concessões administrativas, por não preverem a remuneração do particular mediante cobrança de tarifas⁸⁴. Neste caso, o equilíbrio econômico-financeiro é regido pelas normas gerais da Lei n.º 8.666/93 (a ser substituída pela Lei n.º 14.133/21), pelas normas da própria Lei n.º 11.079/04 e pelo tratamento dado à questão nos contratos de concessão.

Cumprido ressaltar que a Lei n.º 11.079/04, no contexto do direito administrativo brasileiro, foi a precursora da prática de repartição objetiva de riscos ao estabelecer como diretriz das parcerias público-privadas a “repartição objetiva de riscos entre as partes” (art. 4º, inc. VI, da Lei n.º 11.079/04). Também menciona a “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” como cláusula essencial dos contratos de parceria público-privada (art. 5º, inc. III):

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...]

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

⁸² WALD, A. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*, Editora Saraiva, 2004, p. 334.

⁸³ “Art. 3º [...] § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.”

⁸⁴ De resto, não consta referência aos citados dispositivos da Lei n.º 8.987 no art. 3º, *caput*, da Lei n.º 11.079: “Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.”

No caso das concessões regidas exclusivamente pela Lei n.º 8.987/95, mesmo antes da nova Lei n.º 14.133/21, a doutrina já admitia a possibilidade de repartição objetiva de riscos entre as partes, propondo-se a leitura de que a assunção do objeto pelo particular “por sua conta e risco” (art. 2º, inc. II e inc. III, da Lei n.º 8.987/95) como a assunção por sua conta e risco daquilo que o contrato indicar. É o que depreende da lição de Marcos Augusto Perez:

O que defendemos é que por sua conta e risco não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são por conta e risco do concessionário aqueles riscos que o contrato expressa ou implicitamente, lhe transferir.⁸⁵

Essa leitura coaduna o conteúdo da própria Lei n.º 8.987/95, que define, como visto, o equilíbrio econômico-financeiro pela manutenção das condições do contrato. Nesse sentido, se o contrato prever que determinado risco é assumido pelo particular, sua ocorrência não importará perturbação do equilíbrio econômico-financeiro da avença e, conseqüentemente, não ensejará direito a reequilíbrio.

Relevantíssimo notar que, como disposto no capítulo 1 deste trabalho, a Lei n.º 8.666/93 será integralmente substituída pela Lei n.º 14.233/21 a partir de abril de 2023. E tal lei passou a permitir a alocação objetiva de riscos entre as partes em contratos administrativos em geral – situação antes observada quase que exclusivamente em regimes de concessão. Em suma, a partir do novo marco legal, considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro sempre que atendidas as *condições do contrato* e a sua *matriz de alocação de riscos*, conforme se depreende do art. 103, parágrafos 4º e 5º:

Art. 103. [...]

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato. (grifou-se)

⁸⁵ PEREZ, M. A. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 129-130.

Assim, diversos riscos antes em regra assumidos pela Administração nos contratos da Lei n.º 8.666/93 poderão ser contratualmente alocados ao particular, observados os critérios aludidos nos parágrafos 1º, 2º, 3º e 6º art. 103 da Lei n.º 14.133/21⁸⁶. É dizer, pode-se atribuir ao privado áleas econômicas e extracontratuais, antes sempre atribuídas à Administração. Isso é o que se conclui da leitura do art. 124, inc. II, alínea “d”, da Lei n.º 14.133/21, o qual, embora tenha redação assemelhada ao antigo art. 65, inc. II, alínea “d” da Lei n.º 8.666/93, menciona o necessário respeito à *repartição objetiva de riscos* em sua aplicação:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo entre as partes:

[...]

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, *respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.* (grifou-se)

Em suma, diante dos elementos da Lei n.º 8.987/95, da Lei n.º 11.079/04 e especialmente da nova Lei n.º 14.133/21, para fins do presente trabalho, e com inspiração na definição Marçal Justen Filho⁸⁷, parece-nos adequado definir o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões como a *manutenção das condições do contrato, isto é, da equivalência entre encargos assumidos pela concessionária e sua remuneração, e de sua matriz de riscos, entendida como cláusula que atribui de parte a parte a responsabilidade por eventos diversos que acarretem alteração dos encargos contratuais.*

Note-se que é o contrato de concessão, e sobretudo a experiência prática, que informam, a partir dos encargos assumidos pela concessionária, da forma de remuneração e da correspondente a matriz de riscos, o *conteúdo* da equação econômico-financeira. Isso porque

⁸⁶ “Art. 103. [...] § 1º A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§ 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação. [...]

§ 6º Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.”

⁸⁷ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 887.

não há como escapar de certa genericidade do conceito de equilíbrio econômico-financeiro, conforme observa Jacintho Arruda Câmara:

Muito invocado, reconhecidamente importante para a perfeita execução do contrato de concessão, o equilíbrio econômico-financeiro é um elemento desprovido de formalização prévia. Não há quem indique, de pronto, os valores e elementos que fazem parte dessa relação.

Essa característica não decorre de qualquer imprecisão ou falha dos aplicadores e teóricos do instituto da concessão (ou dos contratos administrativos de um modo geral). A indeterminação faz parte do conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Ele não pode ser preso a fórmulas estanques, preconcebidas em análises abstratas, mesmo se feitas para aplicação a uma dada categoria de contratos. [...] ⁸⁸

E continua:

Não há como eliminar a flexibilidade da aplicação do conceito de equilíbrio econômico-financeiro. No plano abstrato sua aplicação só pode ser descrita em termos genéricos, vagos, indeterminados: a relação entre encargos e receita deve ser preservada. [...] Diante de uma situação de fato, e só assim, será possível aferir se o equilíbrio econômico-financeiro original foi mantido, ou não. ⁸⁹

Conclui-se que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é um *direito* da concessionária, a que corresponde um *dever* do poder concedente. Outrossim, tal dever é cumprido com manejo de 3 (três) instrumentos da gestão das concessões, a saber: (i) *fiscalização* – para verificação acerca do cumprimento de encargos e ocorrência ou não de riscos; (ii) *reajustes* – para manutenção do valor da remuneração do particular conforme a evolução inflacionária; e (iii) *alteração* – para modificação das cláusulas de remuneração do particular em razão de perturbação do equilíbrio econômico-financeiro inicial, de modo a restabelecê-lo. Tais instrumentos serão objeto de descrição no capítulo 4.

2.4. Atualidade

Outro tema crucial para acompanhamento do poder concedente é o que se denomina *atualidade* dos bens e serviços disponibilizados mediante concessão. Trata-se, é verdade, de imposição legal, sucede do art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.987/95 e do art. 5º, inc. V, da Lei n.º 11.079/04:

⁸⁸ CÂMARA, J. A. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 169.

⁸⁹ CÂMARA, J. A. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170.

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

Dinorá Grotti, em trabalho indispensável acerca do serviço público, explica que o princípio da atualidade é previsto para “para evitar a deterioração do serviço ao longo do tempo”, destacando que “os serviços públicos devem seguir a mudança das circunstâncias, acompanhar a sua evolução”⁹⁰. Constata, assim, que o poder concedente tem o *dever* de (i) conhecer a modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações do objeto contratual e (ii) incorporá-las ao escopo do contrato. Para tanto, conforme adverte Dinorá Grotti, o poder concedente pode lançar mão das prerrogativas da Administração, em especial de alteração e extinção do contrato; ao privado, por outro lado, cabe acatar as mudanças, garantindo-se, porém, o equilíbrio econômico-financeiro da avença:

Justifica, ademais, o exercício de muitas das prerrogativas da Administração sobre o serviço, em especial o da alteração ou extinção unilateral do contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público e legítima a adoção de várias medidas sobre a posição jurídica dos sujeitos envolvidos: os usuários, que podem ser atingidos no desfrute de seus direitos (modificação de tarifas, das condições de organização, funcionamento e modo das prestações etc.); os contratados pela Administração, que não têm direito adquirido à manutenção das condições iniciais do ajuste (embora o tenham em relação ao equilíbrio econômico-financeiro e ao objeto material avençado) e sujeitam-se à obrigação de realizar os serviços nas melhores condições técnicas possíveis (em virtude da chamada “cláusula de progresso dos serviços públicos”); e os servidores públicos, que não podem se opor às adaptações do serviço público e às modificações do seu estatuto no interesse do serviço.⁹¹

Entende-se, de fato, que os instrumentos de *alteração* do contrato (v. item 4.6) e sua *extinção por encampação* (v. item 4.8.1) são adequados para tutelar a atualidade do serviço nas concessões. Isso, de resto, coaduna o recorte proposto para o presente trabalho.

⁹⁰ GROTTI, D. A. M. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 136-137.

⁹¹ GROTTI, D. A. M. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 136-137.

2.5. Bens da concessão

Os regimes de concessão implicam, em regra, a assunção de um conjunto de bens pela concessionária durante o prazo contratual. São bens cujo domínio é do poder concedente – por isso *bens públicos* em sentido estrito, conforme a classificação do art. 99 da Código Civil⁹² –, mas que são explorados pela concessionária durante o prazo contratual. Prevê-se, durante a execução do contrato, investimentos para manutenção e/ou ampliação desses bens, de acordo com as regras e diretrizes contratuais (cf. item 2.2).

Os pactos concessórios também envolvem investimentos para aquisição de novos bens pela concessionária, também de acordo com as regras e diretrizes contratuais. Embora durante o prazo da concessão tais bens sejam *bens privados*, caso sejam considerados essenciais à prestação do serviço ou execução da atividade objeto da concessão, passarão a integrar o patrimônio do poder concedente ao fim do prazo contratual.

Em ambas as hipóteses elencadas acima, estar-se-á diante de *bens reversíveis*, caracterizados como bens que estão sujeitos ao retorno (no caso de bem público) e/ou à incorporação (caso de bem privado) ao patrimônio do poder concedente ao término da concessão, por serem necessários à exploração da atividade explorada mediante concessão, seja um serviço público, seja uma atividade de interesse da Administração. Esse processo é conhecido como *reversão de bens*. É o que determina o art. 35 da Lei n.º 8.987/95:

Art. 35. [...]

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

Não por outra razão, “a lei insiste na obrigatoriedade de determinação prévia dos bens que, ao final da concessão, reverterão ao poder concedente”, visto que “a identificação dos

⁹² “Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.”

bens reversíveis faz-se a partir das regras contidas no edital e no contrato”⁹³. É o que se depreende dos arts. 18, inc. X e XI, 23, inc. X, da Lei n.º 8.987/95:

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 conterà, especialmente:

[...]

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...]

X - aos bens reversíveis;

Conforme ensina Floriano de Azevedo Marques Neto, em lição aplicável tanto às concessões comuns quanto a concessões patrocinadas⁹⁴ e administrativas⁹⁵, a reversão de bens pressupõe que a concessionária tenha amortizado os investimentos realizados nos denominados *bens reversíveis* durante o prazo da concessão, de modo que a incorporação desses *bens investidos* ao patrimônio do poder concedente não ocorra sem a justa remuneração da concessionária⁹⁶. Algumas exceções, porém, podem exigir indenização do poder concedente à concessionária, conforme explica o professor:

Porém, excepcionalmente, seja porque algum fator externo ao contrato impediu a regular exploração da concessão (desde que atinente a risco alheio ao concessionário), seja porque a concessão teve ser término antecipado, ou ainda em razão de terem sido demandados novos investimentos em bens essenciais à concessão, pode ocorrer de a reversão exigir indenização do concessionário pelo poder concedente. É o que determinam os arts. 36 e 37 da Lei de Concessões.⁹⁷

De fato, o art. 36 da Lei n.º 8.987/95 determina que a reversão no *advento do termo contratual* será realizada com a “indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”. Trata-se de garantia à

⁹³ JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 326.

⁹⁴ MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 210-211

⁹⁵ MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 262-263.

⁹⁶ MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 197.

⁹⁷ MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 197.

concessionária de que nenhum bem será incorporado ao patrimônio público sem a devida remuneração, donde a reversão assume nítido caráter de desapropriação⁹⁸.

A lei dispõe expressamente que a indenização a que se refere o art. 36 da Lei n.º 8.987/95 se aplica a outras hipóteses de extinção contratual, a saber, *encampação* (art. 37⁹⁹) e *caducidade* (art. 38, §§ 3º e 4º¹⁰⁰). Isso não significa que, nos outros casos de extinção, não há o dever de indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados. Para o caso de anulação, cabe a citada indenização por força do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, reproduzido no art. 149 da Lei n.º 14.133/21¹⁰¹. Também cabe indenização de bens reversíveis nos casos de rescisão, em tratamento assemelhado à encampação¹⁰², e falência da concessionária, em tratamento assemelhado ao da caducidade¹⁰³. Esse tema terá mais detalhado diante (cf. capítulo 4, item 4.8).

Fato é que, diante do exposto, o acompanhamento pelo poder concedente da situação dos bens reversíveis em posse da concessionária é absolutamente fundamental. Por isso são identificados como um dos objetos da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública. Com efeito, embora seja dever da concessionária “manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão” (art. 31, inc. II, da Lei n.º 8.987/95¹⁰⁴) e “zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los

⁹⁸ “No término da concessão, assegura-se ao concessionário a indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados. Essa transferência compulsória de domínio de bens corresponde a uma modalidade de desapropriação. Exige-se, portanto, prévia e justa indenização em dinheiro. Põe-se, quanto a isso, o problema da apuração do valor dos bens.” (JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 326).

⁹⁹ “Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”

¹⁰⁰ “Art. 38 [...]

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.”

¹⁰¹ “Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.”

¹⁰² JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 363.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 334.

¹⁰⁴ “Art. 31. Incumbe à concessionária: [...] II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;”

adequadamente” (art. 31, inc. VII, da Lei n.º 8.987/95¹⁰⁵), cabe ao poder concedente manejar a *fiscalização* (cf. capítulo 4, item 4.3) para garantir o cumprimento de tais regras e outras que estejam positivadas no contrato.

No limite, se houver descumprimento de tais regras de modo a comprometer a disponibilização do serviço e/ou bem objeto da concessão, caberá à Administração, eventualmente, acionar o instrumento de *intervenção* (capítulo 4, item 4.7). O descumprimento reiterado também pode ensejar, a critério do poder concedente, o acionamento do instrumento de *extinção por caducidade* (capítulo 4, item 4.8.2).

2.6. Seguros da concessão

Tema intimamente ligado ao tema dos bens reversíveis são os seguros da concessão. Isso porque, dada a relevância de tais bens, conforme se viu acima, o art. 31, inc. VII, da Lei 8.987/95 estabelece como dever da concessionária, além de zelar pela conservação dos citados bens, *segurá-los adequadamente*. Tal lei não apresenta, contudo, balizas sobre quais seguros devem ser contratados pela concessionária.

Referimo-nos, aqui, aos seguros para operação de bens e/ou serviços que envolvam a guarda ou detenção de ativos de propriedade, ou de futura propriedade, da Administração¹⁰⁶. Normalmente, exige-se (i) *seguro de risco de engenharia para instalação e montagem*, (ii) *seguro de riscos operacionais e/ou nomeados*; (iii) *seguro de veículos* e (iv) *seguro de responsabilidade civil*, válido tanto para concessionária quanto para o poder concedente¹⁰⁷.

Notamos que o art. 40, inc. XIV, alínea “e”, da Lei n. 8666/93 também prevê que o edital, ao descrever as condições de pagamento do contratado, preveja “*exigência de seguros, quando for o caso*” (grifou-se). No mesmo sentido é a Lei n. 14.133/21, que em seu art. 22, § 2º, inc. III, determina que “o contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de

¹⁰⁵ “Art. 31. Incumbe à concessionária: [...] VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente;”

¹⁰⁶ RIBEIRO, M. P. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <https://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/seguros-e-garantia-de-cumprimento-do-contrato/>. Acesso em 25/11/2023.

¹⁰⁷ RIBEIRO, M. P. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <https://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/seguros-e-garantia-de-cumprimento-do-contrato/>. Acesso em 25/11/2023.

riscos, especialmente quanto [...] à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado”.

Por isso, cabe ao contrato de concessão disciplinar o tema, cumprindo ao poder concedente o exercício do instrumento da *fiscalização* para garantir o cumprimento do regramento contratual (cf. capítulo 4, item 4.3). Também, a depender do tratamento do contrato de concessão, poderá manejar os instrumentos de *sanção* (cf. capítulo 4, item 4.4) e extinção por caducidade (cf. capítulo 4, item 4.8.2).

Note-se que os seguros da concessão não se confundem com a sua garantia de execução, que pode ou não adotar forma de seguro, conforme o item 2.7.1 abaixo.

2.7. Garantias

2.7.1. Garantia de execução

A garantia de execução é a garantia apresentada pela concessionária para *assegurar a plena execução* do contrato (art. 55, inc. VI, da Lei n.º 8.666/93¹⁰⁸; art. 92, inc. XII, da Lei n.º 14.133/21¹⁰⁹). Não pode ser confundida com a garantia da proposta, que pode exigida pelo poder concedente na fase de licitação (art. 31, inc. III, da Lei n.º 8.666/93¹¹⁰; art. 58 da Lei n.º 14.133/21¹¹¹).

Não há menção específica sobre o tema nas Leis n.º 8.987/95 e 11.079/04, aplicando-se, portanto, as normas gerais da Lei n.º 8.666/93 e da nova Lei n.º 14.133/21. Ambas estabelecem que Administração *poderá* exigir “prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras” (redação do art. 56, *caput*, da LLC/93) ou “prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos” (redação do art. 96, *caput*, da LLC/21). Ambas as leis aludem às modalidades de garantia aceitáveis pela Administração, sendo elas

¹⁰⁸ “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;”

¹⁰⁹ Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: [...] XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;”

¹¹⁰ “Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: [...] III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.”

¹¹¹ “Art. 58. Poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação.”

(i) caução em dinheiro ou em título da dívida pública, (ii) seguro-garantia ou (iii) fiança bancária. Trata-se, então, de opção do particular, como segue:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária. [...] (LLC/93)

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil. [...]. (LLC/21)

Também se limita o valor da garantia a até 5% do valor do contrato como regra, admitindo-se a exigência de garantia de até 10% do valor contrato “para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis” no regime da Lei n.º 8.666/93 (art. 56, §§ 2º e 3º¹¹²) e “mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos” no regime da 14.133/21 (art. 98¹¹³).

Como dito, a garantia é exigida para afiançar a execução do contrato em sua completude. Trata-se, especialmente, dos escopos que nos referimos no item 2.2 desta dissertação. Caso o contratado não performe nos termos do contrato, a partir da verificação via *fiscalização* (cf. capítulo 4, item 4.3), cabe a aplicação das sanções pertinentes (cf. capítulo 4, item 4.4). Eis que, a partir da aplicação de uma multa, como é mais comum,

¹¹² “Art. 56 [...] § 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.”

¹¹³ “Art. 98. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.”

emerge uma *obrigação pecuniária acessória* às obrigações principais descumpridas. Aí especialmente é que o poder concedente e/ou agência reguladora deve se socorrer das garantias. Não por outra razão o art. 86, § 1º, da Lei n.º 8.666/93¹¹⁴ e o art. 97 da Lei n.º 14.133/21¹¹⁵ ressaltam a cobertura, pela garantia de execução, das penalidades contratuais. Conforme explica Maurício Portugal Ribeiro:

A garantia de cumprimento de contrato tem duplo objetivo. De um lado, reduz o risco de crédito implicado no recebimento pela Administração Pública de multas por descumprimento do contrato. Doutro lado, torna mais fácil a execução das multas e demais penalidades financeiras aplicadas sobre o parceiro privado por descumprimento do contrato. E tudo isso contribui para gerar os incentivos para que o parceiro privado cumpra adequadamente o contrato evitando, assim, tanto quanto possível as conseqüências financeiras que decorrem do descumprimento contratual.¹¹⁶

Além de especificar o valor da garantia de execução, também é o contrato de concessão que determinará as características da garantia. Isso porque, como vimos no item 2.2, diferentes escopos estão contemplados no desempenho da concessionária em regimes de concessão, dentre os quais identificamos dois principais: (i) *escopo de investimentos na infraestrutura ou serviço* e (ii) *escopo de operação da infraestrutura e/ou do serviço*.

Note-se que a exigência de garantia de execução interessa não só ao poder concedente, mas também aos financiadores do projeto. Isso porque, em estruturas de *project finance*, as receitas da concessionária é que garantem o financiamento de longo prazo, de modo que a cobertura de riscos associados à performance do privado é tão importante¹¹⁷.

À exemplo dos seguros da concessão, portanto, cabe ao contrato disciplinar o tema, cumprindo ao poder concedente o exercício dos instrumentos da *fiscalização* e *sanção* para garantir a apresentação e manutenção da garantia de execução (cf. capítulo 4). Também pode-se manejar o instrumento de *alteração* dos contratos, se o caso, para substituí-la, conforme

¹¹⁴ “Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. [...]”

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.”

¹¹⁵ “Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento [...]”

¹¹⁶ RIBEIRO, M. P. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <https://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/seguros-e-garantia-de-cumprimento-do-contrato/>. Acesso em 25/11/2022.

¹¹⁷ Sobre as garantias normalmente presentes em estruturas de *project finance*, v. HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance: a Resource for Governments, Sponsors, Lawyers and Project Participants*. 3 ed. Cambridge: Cambridge Press, 2007. P. 250/252.

permissivos do art. 65, inc. II, alínea “a” da Lei n.º 8.666/93¹¹⁸ e art. 124, inc. II, alínea “a”, da Lei n.º 14.133/21¹¹⁹. Se houver descumprimento reiterado, caberá *extinção por caducidade*, dada a importância deste objeto.

2.7.2. Garantia pública

No regime das parcerias público-privadas, o poder concedente assume obrigações pecuniárias frente à concessionária, as quais podem assumir forma de (i) *contraprestação pecuniária*, destinada a remunerar a concessionária pela disponibilização do serviço e/ou bem objeto da PPP, inclusive de modo proporcional a parcelas fruíveis do serviço e/ou bem; ou (ii) *aportes de recursos*, vinculados à realização de obras e aquisição de bens reversíveis, que pode ser previsto na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços.

O aporte se justifica precipuamente para adiantar recursos ao parceiro privado durante a execução do *escopo investimentos na infraestrutura ou serviço* (v. item 2.2), isto é, no período pré-operacional do projeto.

Nesse momento, como a contraprestação pecuniária não poder ser paga por força da regra segundo a qual “a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada” (art. 7º, *caput*, da Lei de PPP¹²⁰), pode-se prever aportes do parceiro público, sujeito à medição em marcos contratuais (art. 5, inc. XI, da Lei de PPP¹²¹).

¹¹⁸ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; [...]”

¹¹⁹ “Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo entre as partes: [...] a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;”

¹²⁰ “Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. [...]”

¹²¹ “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:[...] XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei.”

Sobre a razão dessa diferenciação sob a ótica do financiamento privado, referimo-nos às considerações feitas no (capítulo 3, item 3.6). Além disso, impede anotar que também são relevantes as diferenças do ponto de vista da contabilização pública¹²².

Eis que a Lei de PPP previu, em seu art. 8º, que “as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser objeto de garantia” do poder concedente, listando as seguintes modalidades: “vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal” (inc. I); “instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei” (inc. II); “contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público” (inc. III); “garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras” (inc. IV); “garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade” (inc. V); e “outros mecanismos admitidos em lei” (inc. IV). Tais garantias, se o caso, devem estar especificadas desde a publicação do edital de licitação (art. 11, par. único, da Lei de PPP¹²³).

A possibilidade de instituição de garantia às obrigações financeiras do poder público, segundo Carlos Ari Sundfeld, é “mecanismo normal a esse tipo de contrato, que não seria viável sem ele”. E justifica:

As garantias para parceiros privados nessas concessões justificam-se plenamente pelo fato de estes adiantarem vultuosos investimentos para a criação de infraestrutura pública – contraindo, para tanto, obrigações financeiras com terceiros, que devem ser honradas – confiando no adequado cumprimento da contrapartida da Administração.¹²⁴

Entende-se que o risco de inadimplência das obrigações financeiras do parceiro público, se não mitigado com o oferecimento de uma garantia contratual consistente – e sobretudo independente de trâmites orçamentários e do pagamento pela via judicial, submetida ao regime de precatórios –, poderia tornar desinteressante projetos modelados sob o regime de PPP. Isso se torna ainda mais claro ao considerarmos que os contratos de PPP são sempre longos e têm valor necessariamente expressivo. José Virgílio Lopes Enei destaca o viés inovativo da Lei de PPP ao permitir a instituição de garantia pública:

¹²² Sobre o assunto, v. RIBEIRO, M. P. Contabilização pública do aporte e da contraprestação em PPP e o seu controle fiscal. Disponível em: <https://www.portugalribeiro.com.br/contabilizacao-publica-do-aporte-e-da-contraprestacao-em-ppp-e-o-seu-controle-fiscal/>. Acesso em: 25/11/2022.

¹²³ “Art. 11. [...] Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.”

¹²⁴ SUNDFELD, C. A. Guia Jurídico das Parcerias Públicas-Privadas. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.). *Parcerias públicas-privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 35.

[...] Em que pese o histórico de inadimplência da Administração Pública brasileira, seja no nível federal, seja com ainda maior intensidade, nas relações envolvendo entes subnacionais, a outorga de garantias pelo setor público era, até 2003, confinada a um universo de operações bastante limitado, compreendendo basicamente algumas operações de dívida pública, operações de dívida interfederativa, antecipações de receitas orçamentárias (ARO) e operações pontuais de antecipações de royalties, ressalvadas ainda as garantias prestadas, no curso de suas atividades econômicas, por empresas estatais regidas preponderantemente pelo direito privado. Até então e ressalvadas novamente estatais regidas pelo direito privado, não havia histórico de outorga de garantias pela Administração Pública em contratos administrativos ou análogos, fossem obras públicas, contratos de prestação de serviços ou concessões de longo prazo.¹²⁵

Sob a ótica da gestão pública, interessa o poder concedente cumprir os requisitos e os prazos para instituição e manutenção da garantia pública, conforme regramento do contrato de concessão. Pode eventualmente exercer a *regulação* para disciplinar eventuais lacunas contratuais sobre o assunto. Ademais, durante a gestão da execução contratual – recorte proposto na presente dissertação – cabe eventual substituição consensual da garantia, com manejo do instrumento de *alteração*. De resto, o poder concedente ficará adstrito ao regramento estabelecido durante a fase de estruturação da concessão e aperfeiçoado com a realização da licitação e celebração do contrato.

2.8. Aspectos institucionais da concessionária

A Lei de Concessões admite (i) a transferência da concessão ou (ii) a transferência do controle acionário da concessionária durante a execução do contrato. Exige, porém, que tais operações sejam precedidas de *anuência prévia* do poder concedente, conforme sucede do art. 27 da Lei de Concessões¹²⁶. A anuência deve ser analisada conforme os requisitos do § 1º do mesmo dispositivo¹²⁷, além de outros requisitos eventualmente previstos no contrato.

Também se exige anuência do poder concedente para “assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores”, nos

¹²⁵ ENEI, J. V. L. *Garantias de adimplemento da administração pública ao contrato nas parcerias público-privadas*. São Paulo: Almedina, 2018. P. 133.

¹²⁶ “Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.”

¹²⁷ “§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:
I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e
II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.”

termos do art. 27-A da Lei de Concessões¹²⁸. Neste caso, porém, o poder concedente pode dispensar ou alterar parte dos requisitos do art. 27, §1º, inc. I, à exceção da exigência de regularidade jurídica e fiscal (art. 27-A, § 1º).

O mesmo regramento básico é reproduzido pela Lei de PPP nas concessões modeladas sob a forma de PPP (art. 5º, § 2º, inc I c/c art. 5º-A).

A importância dessas regras não pode ser olvidada, dado que o seu descumprimento implica, conforme a literalidade do art. 27 da Lei de Concessões, a caducidade da concessão. Por isso, entende-se ser um importante objeto da gestão dos contratos de concessão, ora denominado *aspectos institucionais da concessionária*.

Para essa tarefa, cabe ao poder concedente e/ou agência reguladora o manejo dos instrumentos de *regulação*, para disciplinar os procedimentos aplicáveis e requisitos específicos para que se opere a transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária, e *fiscalização*, de modo a verificar eventual ocorrência de transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária sem anuência prévia do poder concedente¹²⁹. Outrossim, caso seja verificada a ocorrência de quaisquer uma das hipóteses, o poder concedente deverá agir com o instrumento de *extinção por caducidade*.

¹²⁸ “Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.”

§ 1º Na hipótese prevista no caput, o poder concedente exigirá dos financiadores e dos garantidores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no inciso I do parágrafo único do art. 27.

§ 2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do caput deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos.

§ 3º Configura-se o controle da concessionária, para os fins dispostos no caput deste artigo, a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 4º Configura-se a administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes:

I - indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades;

II - indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral;

III - exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no caput deste artigo;

IV - outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no caput deste artigo.”

¹²⁹ Parece-nos evidente que eventual negócio jurídico que transfira a concessão ou o controle da concessionária sem anuência do poder concedente seria nulo de pleno direito. Seu único efeito, provavelmente, seria ensejar a caducidade da concessão objeto do negócio jurídico nulo.

2.9. Transparência

Um objeto da gestão das concessões para o qual propõe-se especial atenção é a *transparência*. Conforme observa Wallace Paiva Martins Júnior, “transparência é um conceito abrangente que se concretiza pela publicidade, pela motivação e pela participação popular”¹³⁰.

O tema está colocado de maneira esparsa na legislação aplicável aos regimes de concessão. Sem embargo, identifica-se abaixo suas principais regras, numa leitura sistemática da Constituição Federal, da Lei de Concessões, da Lei de PPP, da Lei de Licitações e Contratos (1993 e 2021), e da Lei de Acesso à Informação:

- (i) *Aplicação dos princípios da publicidade e transparência a licitações e contratos*: a LLC/93 impõe a observância do princípio da publicidade nas licitações (art. 3º da LLC/21¹³¹); já a LLC/21 inovou ao determinar que tanto o princípio da publicidade quanto o princípio da transparência devem ser observados na aplicação da lei (art. 5º da LLC/21¹³²).
- (ii) *Diretriz de transparência dos procedimentos e das decisões em PPPs*: especificamente em concessões patrocinadas e administrativas, a Lei de PPP determina que “na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...] V – transparência dos procedimentos e das decisões” (art. 4º, inc. V, da Lei de PPP).
- (iii) *Dever de divulgação de contratos e programas de concessões comuns e PPPs*: trata-se do dever de o poder concedente divulgar os contratos que houver celebrado (art. 7º, inc. VI¹³³ c/c art. 8º, §1º, inc. IV, da LAI¹³⁴), bem como informações acerca da

¹³⁰ MARTINS JUNIOR, W. P. Princípio da Transparência. In: *Tratado de Direito Administrativo. Vol. 1: Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Wallace Paiva Martins Junior (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 422.

¹³¹ “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

¹³² “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).”

¹³³ Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

implementação, acompanhamento e resultados dos projetos, ou série de projetos (v.g. integrantes de um *programa*) de concessões ou PPPs (art. 7º, inc. VII, da LAI¹³⁵).

- (iv) *Dever de divulgação de tarifas e informações em geral*: a Lei de Concessões determina que “a concessionária deverá divulgar em seu sítio eletrônico, de forma clara e de fácil compreensão pelos usuários, tabela com o valor das tarifas praticadas e a evolução das revisões ou reajustes realizados nos últimos cinco anos” (art. 9º, § 5º, da Lei de Concessões¹³⁶), c/c o dever de prestar aos usuários “informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos” (art. 7º, inc. II, da Lei de Concessões¹³⁷).
- (v) *Dever de instituição de ouvidoria*: a partir da aplicação subsidiária da Lei dos Usuários aos serviços públicos prestados por particular (art. 2º, § 3º, da Lei dos Usuários), cabe ao poder concedente instituir ouvidoria para “promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário” (art. 13, inc. I, da Lei dos Usuários). Isso implica especialmente “receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações [dos usuários], acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula” (art. 13, inc. IV, da Lei dos Usuários). Essa atribuição não se confunde com eventual obrigação contratual de as concessionárias instituírem serviços de atendimento aos usuários.
- (vi) *Organização de conselho de usuários*: cabe a Administração organizar conselho de usuários para “participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos”, nos termos da Lei dos Usuários¹³⁸.

¹³⁴ “Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo: [...]

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;”

¹³⁵ “Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: [...] VII - informação relativa: a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;”

¹³⁶ “Art. 9º [...] § 5º A concessionária deverá divulgar em seu sítio eletrônico, de forma clara e de fácil compreensão pelos usuários, tabela com o valor das tarifas praticadas e a evolução das revisões ou reajustes realizados nos últimos cinco anos.”

¹³⁷ “Art. 7º. [...] são direitos e obrigações dos usuários: [...] II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;”

¹³⁸ Em âmbito federal, v. Decreto n.º 9.492, de 5 de setembro de 2018, que “Regulamenta a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública federal, institui o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, e altera o Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos

Ademais, conforme o determina o art. 39 da LLC/93¹³⁹, no regime da citada lei, tem-se a obrigatoriedade de audiência pública em razão do vulto da licitação. Essa previsão, contudo, foi alterada na LLC/21, que tornou a realização de consulta e audiência pública uma faculdade da Administração¹⁴⁰.

De todo modo, impede notar que, nos regimes de concessão, dado o *vulto dos investimentos e relevância do objeto contratual*, a prática é a realização de audiências e consultas públicas não só durante a modelagem contratual¹⁴¹, mas também durante a execução do contrato, de modo a legitimar a expedição de normas regulamentadoras do serviço com a participação popular. Essa possibilidade foi positivada no art. 10 da Lei das Agências, mas que, de resto, pode estar prevista nos contratos como forma de incentivo e legitimação da participação dos usuários:

Art. 10 A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

Por fim, a partir das regras citadas acima, destacamos que a participação popular nos regimes de concessão é apenas consultiva, isto é, não-vinculante para a Administração Pública. Na lição de Marcos Augusto Perez, citando J.J. Canotilho, isso significa que a atuação do administrado nos processos decisórios se dá apenas por meio de “informações, propostas, exposições, protestos”¹⁴².

em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.”

¹³⁹ “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.”

¹⁴⁰ “Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.”

Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.”

¹⁴¹ No regime da LLC/93, a realização de audiência pública prévio à publicação de editais de concessão é praticamente sempre obrigatória, em razão do alto valor dos contratos e o conteúdo da regra do art. 39 da citada lei (v. nota de rodapé 139).

¹⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes apud. PEREZ, M. A. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*, 1 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 117-118.

Sob a ótica da gestão pública, interessa ao poder concedente não só cumprir os deveres a si atribuídos pela legislação (v.g. publicização de contratos, criação e manutenção ouvidoria), mas também cumprir o dever-reflexo de exigir o seu cumprimento das obrigações atribuídas a concessionária (v.g. divulgação de tarifas). Para tanto, deve manejar os instrumentos da *fiscalização*. Ainda, considerando a possibilidade de participação popular com consultas e audiências públicas, cabe ao poder concedente e/ou agência reguladora expedir normas regulamentadoras dos processos de participação social, com uso do instrumento da *regulação*.

2.10. Conclusões parciais

A análise pormenorizada dos objetos revela que praticamente todos eles estão interrelacionados. Por exemplo: *bens* e *seguros* (o principal objeto dos seguros são os bens da concessão); *atualidade* e *transparência* (o limite da atualidade pode só ser revelada com a participação social); *desempenho* e *equilíbrio econômico-financeiro* (a remuneração da concessionária pode estar vinculada ao desempenho). Daí por que a gestão eficiente de todos é igualmente importante para o sucesso da concessão.

CAPÍTULO 3 – SUJEITOS DA GESTÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA PÚBLICA

3.1. Sujeitos: quem?

O *sujeito principal* da gestão das concessões sob a perspectiva pública é o próprio poder concedente. A razão é simples: compete a ele a gestão dos contratos de concessão que houver celebrado, na condição de Administração-contratante. Sem embargo, é comum a delegação de parte da competência do poder concedente às denominadas *agências reguladoras*, a depender do regime setorial. Nesse caso, tais entidades também assumem papel de *sujeitos principais* da gestão das concessões sob a perspectiva pública. Isso será tratado com maior detalhe no item 3.3.

Doutro lado, como *sujeito secundário*, tem-se a concessionária, que é a contraparte do poder concedente nas concessões. Ambos, poder concedente (com ou sem delegação de competência a agências reguladoras) e concessionária são as partes do contrato.

Contudo, não são apenas as partes do contrato que interessam às concessões. Outros atores são relevantes para a eficácia das concessões. A categoria mais evidente são os usuários, que também identificamos como *sujeitos secundários*: quando se está diante de concessão de serviço público, eles são os destinatários da prestação do serviço pela concessionária. Também a eles são atribuídos deveres quando em gozo deste serviço, conforme o art. 7º da Lei n.º 8.987/95 e, mais recentemente, a Lei n.º 13.460/2017 – Lei dos Usuários.

Como *sujeitos terciários* identificamos os financiadores, conforme referidos pelo artigo 27-A da Lei n.º 8.987/95 e os tribunais de contas, que também têm competência para atuar no âmbito das concessões, conforme se verá adiante.

O presente capítulo tem por objetivo identificar cada um desses sujeitos, porquanto envolvidos na gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública, especialmente suas atribuições decorrentes da legislação aplicável.

3.2. Poder concedente

A Lei n.º 8.987/95 define o poder concedente como “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não

da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão” (art. 2º, inc. I, da Lei n.º 8.987/95). Trata-se do *ente político* com competência sobre o serviço ou bem público que, nessa condição, celebra o contrato de concessão. Nesse sentido, também é poder concedente o *parceiro público* a que se refere a Lei n.º 11.079/04, sendo certo que tal lei os trata como sinônimos.

Conforme dispõe Letícia Queiroz de Andrade, em lição específica acerca do poder concedente em concessões de serviços públicos, mas que em verdade se aplica a qualquer espécie concessória:

Poder concedente é a entidade política incumbida do dever de estruturar, organizar e promover a prestação de determinado serviço público, a qual, por força do art. 175 da CF, detém o correspondente poder concessório, qual seja, de atribuir a outrem a responsabilidade direta, tanto jurídica quanto material, de prestar o serviço público em questão¹⁴³

As principais competências do poder concedente ou parceiro público, segundo uma leitura sistemática da Lei de Concessão e da Lei de PPP, em conjunto com a Constituição Federal e demais legislação aplicável, incluem:

- (i) *Estruturar a concessão*: como contratante e titular do bem ou serviço público, em sentidos amplo e estrito, uma vez tomada a *decisão de concessão*, o poder concedente tem por tarefa apriorística a denominada *modelagem* do edital e do contrato. Isto é, deve preparar o projeto para licitação e posterior execução contratual, instituindo as suas regras e prevendo suas regras essenciais e facultativas, tanto para o edital (arts. 18 e 18-A da Lei n.º 8.987/95) quanto para o contrato (art. 23 da Lei n.º 8.987/95 e art. 5º da Lei n.º 11.079/04). Para tanto, pode realizar ou aproveitar estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos efetuados para informar tal modelagem. Os custos com esses atos pré-contratuais, inclusive de investimentos ou obras que já tenham sido realizados na área de concessão, podem ser ressarcidos pela concessionária que vier a vencer o certame, nos termos do art. 21, Lei n.º 8.987/95.
- (ii) *Motivar da concessão*: cabe ao poder concedente justificar, mediante ato administrativo, a conveniência da outorga da concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo, nos termos do art. 5º da Lei n.º 8.987/95.

¹⁴³ ANDRADE, L. Q. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 131.

- (iii) *Regulamentar da concessão*: cabe ao poder concedente determinar os parâmetros técnicos da execução do objeto contratual, nos termos do art. 29, inc. I c/c inc. VI, da Lei n.º 8.987/95.
- (iv) *Fiscalizar a concessão*: as concessões sujeitam-se à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários, nos termos do art. 3º c/c art. 29, inc. I, da Lei n.º 8.987/95.
- (v) *Aplicar penalidades*: o poder concedente tem o poder-dever de aplicar as penalidades regulamentares e contratuais, quando o caso, à concessionária, na esteira da competência de fiscalização da concessão, nos termos do art. 29, inc. II, da Lei n.º 8.987/95.
- (vi) *Cumprir e fazer cumprir o contrato*: para o poder concedente, cumprir o contrato não é só adimplir com suas obrigações sinalagmáticas para com a concessionária – v.g. reajustar tarifas, proceder ao reequilíbrio do contrato, declarar utilidade pública de bens para fins de desapropriação etc. –, mas também fazer a concessionária cumprir “as disposições regulamentares do serviço” (art. 29, inc. VI da Lei n.º 8.987/95), para o que deve “receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários” (art. 29, inc. VII da Lei n.º 8.987/95). Nesse sentido, o poder concedente cumprir o contrato é obrigar a concessionária a também fazê-lo. Em suma, o poder concedente tem que efetivamente garantir a disponibilidade do serviço ou bem de maneira adequada.
- (vii) *Declarar a utilidade e/ou necessidade pública de bens para fins de desapropriação e/ou instituição de servidões administrativas*: compete ao poder concedente declarar de utilidade pública dos bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações e/ou servidões administrativas, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, nos termos do art. 29, inc. VIII e IX, da Lei n.º 8.987/95.
- (viii) *Implementar a política tarifária*: nos casos de concessão em que a concessionária se remunera por tarifas cobradas dos usuários, cabe ao poder concedente implementar a política tarifária prevista em lei, conforme prevê o parágrafo único, inc. III, do art. 175 da Constituição Federal. Essa política tarifária varia conforme o setor da concessão. No entanto, aplica-se como regra a norma do artigo 9º da Lei 8.987/95, segundo a qual “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”.

- (ix) *Manter do equilíbrio econômico-financeiro*: incumbe ao poder concedente manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, reestabelecendo-o em caso de alteração unilateral do contrato o afete, nos termos do § 4º do art. 9º c/c art. 29, inc. V, da Lei 8.987/95 e art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal.
- (x) *Adimplir as obrigações financeiras decorrentes do contrato*: nas PPPs, cabe ao poder concedente realizar a tempo e forma os pagamentos de contraprestação pecuniária (art. 2º, § 1º e art. 6º, *caput*, da Lei n.º 11.079/04) e/ou aporte de recursos (art. 6º, §§ 2º e 3º, da Lei n.º 11.079/04), a depender da modelagem contratual.
- (xi) *Manutenção de garantias pública em favor da concessionária*: também nas PPPs, se previstas, é dever do poder concedente instituir e manter as garantias conferidas ao privado, conforme o no art. 11, parágrafo único, da Lei n.º 11.079/04.
- (xii) *Dever de instituição de ouvidoria*: a partir da aplicação subsidiária da Lei dos Usuários aos serviços públicos prestados por particular (art. 2º, § 3º, da Lei dos Usuários), cabe ao poder concedente instituir ouvidoria para “promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário” (art. 13, inc. I, da Lei dos Usuários), especialmente “receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações [dos usuários], acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula” (art. 13, inc. IV, da Lei dos Usuários).
- (xiii) *Organização de conselho de usuários* (art. 22 da Lei dos Usuários)¹⁴⁴.
- (xiv) *Autorizar a transferência da concessão ou do controle da concessionária* (art. 27 da Lei de Concessões).
- (xv) *Autorizar a administração temporária ou assunção do controle da concessionária por seus financiadores* (art. 27-A da Lei de Concessões).
- (xvi) *Intervir na concessão*: cabe ao poder concedente a prerrogativa de intervir na concessão “com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”, nos termos do art. 32 da Lei 8.987/95.

¹⁴⁴ Em âmbito federal, v. Decreto n.º 9.492, de 5 de setembro de 2018, que “Regulamenta a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública federal, institui o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, e altera o Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.”

(xvii) *Extinguir a concessão*: o poder concedente deve (ou pode, a depender da hipótese) proceder à extinção da concessão, conforme as hipóteses referidas no art. 35 da Lei n.º 8.987/95, seguindo-se os procedimentos determinados no contrato, nos termos do art. 29, inc. IV, da Lei n.º 8.987/95.

3.3. Agência reguladora ou congênere

A Lei n.º 8.987/95 não aponta a figura de uma entidade específica do poder público para regulação e fiscalização dos contratos de concessão. Na verdade, do ponto de vista da citada lei, essa competência é atribuída de modo geral ao poder concedente enquanto pessoa política, como visto acima.

Ocorre que, com a evolução do ambiente institucional brasileiro, e a proliferação de contratos de concessão, fez-se um movimento de importação do modelo norte-americano de agências reguladoras no Brasil.¹⁴⁵ A principal razão foi dar-se um caráter mais técnico às decisões do poder público no ambiente das concessões, livrando-se tais entidades, porquanto descentralizadas e razoavelmente autônomas, de interferências políticas próprias do Poder Executivo.¹⁴⁶

Nesses casos, as agências reguladoras – ou entidades congêneres, que trataremos como abrangidas no conceito de agências para fins deste trabalho – assumem certos deveres, poderes e encargos do poder concedente em tais contratos, tais como: realizar estudos de viabilidade, promover licitações, celebrar contratos, fiscalizar as concessionárias, aplicar penalidades, regulamentar o serviço público objeto da concessão etc. O plexo de competências atribuídas a tais entidades varia conforme o setor, as quais gozam, caso a caso, de maior ou menor autonomia, conforme observado por Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁴⁷.

Já a Lei n.º 11.079/04 inovou ao trazer expressa menção à figura das Agências Reguladoras em seu art. 15, *in verbis*:

¹⁴⁵ MARCATO, F. S.; FAJARDO, G. R. Por que uma agência reguladora de transportes? *In*: TOJAL, S. B. B.; SOUZA, J. H. O. (coord.). *Direito e infraestrutura: rodovias e ferrovias – 20 anos da Lei n.º 10.233/01*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 71.

¹⁴⁶ SUNDFELD, C. A. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, C. A. (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23-24.

¹⁴⁷ “No direito pátrio, essa regulação tradicionalmente era exercida por entes desprovidos de autonomia (ou com autonomia limitada). Nos últimos anos, contudo, tem crescido o número de entes dotados de mais autonomia, muitos deles constituídos como agências reguladoras independentes.” (MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 203)

Art. 15. Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.
Parágrafo único. Os Ministérios e Agências Reguladoras encaminharão ao órgão a que se refere o caput do art. 14 desta Lei, com periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

Mais recentemente, foi editada a Lei n.º 13.848/19, que “dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras” em âmbito federal. Nos termos de seu art. 2º, tal lei se aplica especificamente à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) (inc. I); à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) (inc. II); à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) (inc. III); à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (inc. IV); à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (inc. V); à Agência Nacional de Águas (ANA) (inc. VI); à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) (inc. VII); à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) (inc. VIII); à Agência Nacional do Cinema (Ancine) (inc. IX); à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) (inc. X); à Agência Nacional de Mineração (ANM) (inc. XI); e às autarquias especiais caracterizadas como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência (parágrafo único).

A ideia principal da nova lei foi criar um regime uniforme para todas as agências reguladoras federais. A norma busca conferir às Agências de (i) autonomia nos processos decisórios, (ii) blindagem política e (iii) mitigação de conflitos operacionais.

Como a nossa ideia é apresentar uma leitura da gestão dos contratos *de modo transversal*, ao longo do presente trabalho, trataremos as competências do poder concedente e da agência como relativamente fungíveis, dado que essa divisão depende de cada setor e sobretudo de cada agência, embora não se olvide a extrema relevância de separação entre essas figuras.

3.4. Concessionária

A concessionária é a pessoa jurídica que assume o objeto da concessão. É a contraparte do Poder Concedente no contrato de concessão, cabendo, em suma, o desempenho das responsabilidades e obrigações de gestão do serviço ou bem público concedido, conforme

a lei, do regulamento e do contrato¹⁴⁸. À semelhança do poder concedente, também é concessionária o *parceiro privado* a que se refere a Lei n.º 11.079/04, sendo certo que tal lei os trata como sinônimos.

A Lei de PPP inovou ao exigir que a concessionária se constitua sob forma de sociedade de propósito específico – SPE, constituída e controlada pelo licitante vencedor, *in verbis*:

Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

Já a Lei de Concessões não faz essa exigência, embora diversos projetos tenham sido licitados com essa regra antes da Lei de PPP¹⁴⁹. Trata-se de boa prática: como diversos ativos do poder concedente ficaram sob concessão da concessionária durante o prazo contratual, é importante que esse patrimônio não se confunda com os demais ativos da empresa controladora. Tal arranjo facilita, ainda, a obtenção de financiamentos em estruturas de *project finance*, nas quais o financiamento de longo prazo é garantido por receitas futuras e/ou ativos do próprio projeto, v.g. por meio de alienação fiduciária ou penhor de ações da concessionária¹⁵⁰.

¹⁴⁸ SUNDFELD, C. A. Guia jurídico das parcerias público privadas. In: SUNDFELD, C. A. (coord.). *Parcerias públicos-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 22.

¹⁴⁹ RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômicos-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 243-244.

¹⁵⁰ Sobre o tema e suas nuances no contexto brasileiro, v. ENEI, J. V. L. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Em âmbito internacional, v. HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance: a Resource for Governments, Sponsors, Lawyers and Project Participants*. 3 ed. Cambridge: Cambridge Press, 2007. P. 250.

Os principais direitos e deveres da concessionária, segundo uma leitura sistemática da Lei de Concessão e da Lei de PPP, em conjunto com a Constituição Federal e demais legislação aplicável, incluem:

- (i) *Cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão*: cabe à concessionária executar o objeto contratual conforme os padrões especificados no contrato, bem como no regulamento do serviço, em caso de serviço público. Isso vale, também, para eventuais fornecedores da concessionária, daí por que o legislador não menciona apenas que o privado deve *cumprir*, mas também *fazer cumprir* (art. 31, inc. IV, da Lei n.º 8.987/95).
- (ii) *Prestar o serviço adequado*: no caso das concessionárias de serviços público, cabe a aplicação do conceito de serviço adequado (art. 6º da Lei n.º 8.987/95), cuja prestação incumbe à concessionária (art. 31, inc. I, da Lei n.º 8.987/95).
- (iii) *Captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço* (art. 31, inc. VIII, da Lei n.º 8.987/95).
- (i) *Manter o inventário e o registro de bens vinculados à concessão*: trata-se do dever de a concessionária manter detalhada lista dos bens afetados ao objeto da concessão, “registrando todos os eventos relacionados a eles”¹⁵¹ (art. 31, inc. II, da Lei n.º 8.987/95). O tema foi tratado de modo específico no capítulo 2, item 2.5, desta dissertação.
- (ii) *Zelar para integridade dos bens vinculados à concessão, mantendo-os seguros*: o zelo pelos bens vinculados à concessão passa por manter vigentes seguros adequados à sua preservação e/ou substituição (art. 31, inc. VII). O tema foi tratado de modo específico no capítulo 2, item 2.6, desta dissertação.
- (iii) *Prestar e manter a garantia de execução* (art. 18, inc. V, e art. 23, inc. II, da Lei n.º 8.987/95 e art. 5º, inc. VIII, da Lei n.º 11.079/04).
- (i) *Prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários* (art. 31, inc. III, da Lei n.º 8.987/95).
- (ii) *Permitir o livre acesso à fiscalização*: a concessionária deve permitir livre acesso às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, assim como acesso aos seus registros contábeis (art. 31, inc. V, da Lei n.º 8.987/95).

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 304

- (iii) *Promover as desapropriações e servidões administrativas autorizadas pelo poder concedente*: se assim determinar o contrato, a concessionária deve promover as desapropriações e as servidões administrativas autorizadas pelo poder concedente (art. 31, inc. VI, da Lei n.º 8.987/95).

3.5. Usuários

Os usuários são as pessoas físicas ou jurídicas que fruem dos serviços ou disponibilidade dos bens objeto da concessão. Do ponto de vista legal, com a nova Lei n.º 13.460/17 (Lei dos Usuários), que “dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública”, é usuário “pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público” (art. 2º, inc. I, da Lei n.º 13.460/17¹⁵²).

A Lei dos Usuários veio regulamentar o art. 37, § 3º, inc. I, da Constituição Federal¹⁵³ e, dada a sua abrangência, também o art. 175, par. único, inc. II, da mesma carta¹⁵⁴, no que não conflitar com a Lei de Concessões e normas setoriais específicas. Tal aplicação subsidiária ocorre porque o art. 175, par. único, inc. II, da CF já é objeto de regulamentação na Lei de Concessões e nas diversas leis setoriais (v.g. setor elétrico). Isso é o que se conclui da leitura de seu art. 1º, especialmente *caput*, § 2º e § 3º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos *serviços públicos prestados* direta ou *indiretamente* pela administração pública.

[...]

§ 2º A aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto:

I - em normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão; e

II - na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo.

§ 3º Aplica-se subsidiariamente o disposto nesta Lei aos serviços públicos prestados por particular.

¹⁵² “Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] I - usuário - pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público;”

¹⁵³ “Art. 37 [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;”

¹⁵⁴ “ 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: [...]

II - os direitos dos usuários;”

Ademais, entende-se que tais disposições se aplicam aos regimes de concessão para exploração de qualquer bem e/ou serviço típico da Administração, dada a acepção ampla do conceito de serviço público adotado no dispositivo constitucional regulamentado¹⁵⁵ e na própria Lei dos Usuários, que em seu art. 2º, inc. II, define serviço público como “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública” (art. 2º, inc. II)¹⁵⁶.

Pois bem. Segundo uma leitura sistemática da Lei de Concessão e da Lei de PPP, em conjunto com a Constituição Federal e demais legislação aplicável, identifica-se o seguinte plexo de direitos e deveres dos usuários nos regimes de concessão:

- (i) *Receber serviço adequado*: entendido como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (art. 6º, § 1º, da Lei de Concessões), considerando ainda “urbanidade”, “respeito” e “acessibilidade” (art. 5º, inc. I, da Lei dos Usuários).
- (ii) *Receber tratamento com igualdade*¹⁵⁷: a Lei dos Usuários obriga o poder concedente e a concessionária observarem a “igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação” (art. 5º, inc. V); além disso, a Lei n.º 9.074 determina que “a concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular” (art. 35, par. único).
- (iii) *Receber informações do poder concedente e da concessionária*: a Lei de Concessões prevê como direito dos usuários “receber do poder concedente e da concessionária

¹⁵⁵ “Ao reler atentamente o artigo 37, parágrafo 3º, inciso I, da Constituição, observa-se que a previsão legal a que o dispositivo constitucional se refere é para os ‘serviços públicos em geral’. Assim, a conclusão que se chega é que a Lei nº 13.460/17 veio regular este dispositivo específico, que se refere aos serviços públicos em sentido amplo.” (SCHIER, A. R. C.; BERTOTTI, B. M. Os direitos dos usuários de serviços públicos: uma análise da Lei nº 13.460/17 e de seus preceitos. In: *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 58, p. 113-130, mai/ago. 2019. P. 121).

¹⁵⁶ “Infelizmente a lei utiliza uma expressão equivocada ao definir os sujeitos prestadores, dizendo que será serviço público a atividade ‘exercida’ por órgão ou entidade da Administração. Isso não é verdade, pois o artigo 1º é claro ao asseverar que a incidência se dá para serviços públicos prestados ‘direta ou indiretamente’. A interpretação sistemática confirma este efeito, razão pela qual seria mais prudente este inciso utilizar a expressão ‘titularizada’ ao invés de exercida. Em resumo: a lei vale para os serviços públicos, os quais consistem em quaisquer atividades administrativas e as demais ações titularizadas pelo Estado exercidas por entidades estatais ou por prestadores privados [...]” (GABARDO, E. O Novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17. In: *Direito do Estado*, online, ano 2017, n. 367. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17>. Acesso em 12/05/2022).

¹⁵⁷ Sobre o tema, v. MELLO, C. A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos” (art. 7º, inc. II). No mesmo sentido, a Lei de Usuários determina que “o usuário poderá apresentar manifestações perante a administração pública acerca da prestação de serviços públicos” (art. 9º).

- (iv) *Participar no acompanhamento e avaliação da prestação dos serviços*: a Lei dos Usuários institui como *direito básico* dos usuários “participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços” (art. 6º, inc. I, da Lei dos Usuários). Também prevê a figura dos “conselhos de usuários”, os quais devem ser criados regulamentados “cada Poder e esfera de Governo” (art. 22) para possibilitar “a participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos” (art. 18, *caput*). Ainda, a Lei de Concessões estimula “a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço” (art. 29, inc. XII).
- (v) *Zelar pelos bens da concessão e pelo serviço*: a Lei de Concessões determina que cabe aos usuários “contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.” (art. 7º, inc. VI). No mesmo sentido, a Lei dos Usuários prevê que são deveres dos usuários “utilizar adequadamente os serviços, procedendo com urbanidade e boa-fé” (art. 8º, inc. I) e “preservar as condições dos bens públicos por meio dos quais lhe são prestados os serviços de que trata esta Lei” (art. 8º, inc. IV).
- (vi) *Exercer liberdade de escolha obter e utilizar o serviço*: a Lei de Concessões confere aos usuários o direito de “obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso [...]” (art. 7º, inc. III). Referida regra foi reforçada pela Lei dos Usuários, que positivou o direito básico do usuário à “obtenção e utilização dos serviços com liberdade de escolha entre os meios oferecidos e sem discriminação” (art. 6º, inc. II).
- (vii) *Cooperar com o poder concedente na fiscalização das concessões*: a Lei de Concessões determina que “as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, *com a cooperação dos usuários*” (art. 3º, grifou-se). Também prevê a participação dos usuários em “comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários”

destinada à fiscalização periódica do serviço (art. 30, par. único), conforme previsto em norma regulamentar¹⁵⁸.

Sem embargo, é o contrato de concessão que aperfeiçoará esses direitos e deveres, a partir da definição do objeto da concessão e sobretudo das cláusulas de desempenho da concessionária.

3.6. Financiadores

Financiadores são as entidades que concedem financiamento à concessionária para execução de obras e/ou serviços decorrentes do contrato de concessão (v.g. bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, agências multilaterais, agências de crédito à exportação, agentes fiduciários, administradores de fundos etc.).

A sua relevância não pode ser olvidada. Isso porque os projetos de concessão têm por característica serem intensivos em capital nos primeiros anos de contrato, o qual é recuperado por meio da cobrança de *tarifas* dos usuários (concessões comuns) e/ou pagamento de *contraprestações pecuniárias* pelo poder concedente (parcerias público-privadas *strictu sensu*) ao longo do prazo da concessão. Tal prazo, no mais das vezes, excede 20 (vinte) anos. A concessionária, então, remedia esse descasamento entre a necessidade de capital no início do projeto e as receitas projetadas de duas formas: aporte de capital próprio por parte dos controladores (capital social ou *equity*); (ii) capital de terceiros (dívida ou *debt*).

No caso das parcerias público privadas *strictu sensu*, o edital de concessão pode prever o pagamento de aportes do poder concedente durante a fase construtiva, os quais, a depender do desenho, mitigam o citado descasamento financeiro e, no limite, o próprio risco de financiamento da concessionária (art. 5º, inc. II, da Lei n.º 11.079/04). Contudo, algum descasamento sempre haverá, na medida em que o poder concedente só está autorizado a pagar etapas de investimentos “efetivamente executadas” (art. 7º, § 2º, da Lei n.º 11.079/04).

Fato é que, em projetos de infraestrutura, o padrão é haver uma mistura de tais fontes de capital da empresa, os quais formam a *estrutura de capital* do projeto.

Especificamente na parte da dívida, no *project finance*, o financiamento de longo prazo é garantido por ativos do projeto e/ou recebíveis do próprio projeto, v.g. por meio de alienação fiduciária ou penhor de ações da concessionária, ou cessão fiduciária de receitas

¹⁵⁸ Como exemplo oriundo do setor de rodovias, em âmbito federal, temos as “Comissões Tripartites” criadas e regulamentadas pela Resolução n.º 5.938, de 4 de maio de 2021, da ANTT.

(direitos creditórios) em estruturas com conta garantia (*escrow account*). Diferente é o *corporate finance*, quando a garantia do financiamento de longo prazo da concessionária é apresentada por seus controladores.

Daí por que os financiadores e garantidores são tão importantes nesses projetos. Embora não sejam parte do contrato de concessão, eles desempenham papel fundamental para o sucesso do contrato. Não por outra razão o art. 27-A da Lei n.º 8.987/95 prevê os *step-in rights*.

3.7. Tribunais de contas

Segundo o art. 70 c/c art. 71 da Constituição Federal, cabe o Tribunal de Contas da União, como órgão auxiliar do Congresso Nacional, a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta” especificamente quanto à “legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”. Os tribunais de contas dos estados e, quando o caso, dos municípios, têm competências assemelhadas.

Na lição de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara:

O controle externo, no atual modelo, o da Constituição de 1988, ocorre por intermédio do julgamento das contas públicas, a ser feito pelo órgão técnico, o Tribunal de Contas (art. 71, II, da CF). A constatação de irregularidades pode ensejar a aplicação de sanções aos responsáveis, caso lhes seja atribuída culpa (art. 71, VIII, da CF). Pode ensejar, também, se a situação de fato o permitir, a abertura de prazo ao responsável, para correção da ilegalidade (art. 71, IX, da CF), o que pode ter efeito excludente ou mitigador da infração.

Antes do julgamento das contas, porém, os Tribunais também podem, por iniciativa própria ou do Legislativo, analisar despesas específicas, por intermédio de procedimentos denominados “inspeções” ou “auditorias” (art. 71, IV, da CF atual). Essas prerrogativas, porém, não se confundem com as que existiam no regime jurídico anterior (vigente até a Constituição de 1967), no qual a execução dos contratos dependia da prévia aprovação do controlador externo. As inspeções e auditorias não são instrumentos para o controlador exercer, em casos pontuais, poderes típicos do regime anterior, que levava a uma espécie de gestão compartilhada entre o administrador e o controlador¹⁵⁹

No plano legal, a Lei 8.666/93 autoriza o controle de editais de licitação, mas apenas após sua publicação (artigo 113, §2º). A Lei 14.133/21, por sua vez, autoriza o tribunal a “suspender cautelarmente o processo licitatório” (artigo 171, §1º).

¹⁵⁹ SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. (2011). *Revista de Direito Administrativo*, 257, p. 117.

A regra é a fiscalização de contas *a posteriori*, no entanto, como destacam os autores, há espaço para *inspeções* e *auditorias* prévias sobre os temas de competência do Tribunal (art. 71, inc. IV, da Constituição Federal). Justamente com fundamento neste dispositivo constitucional, e também no artigo 18, VIII da Lei nº 9.491/97, arts. 5º e 6º, inc. IV da Lei nº 13.334/16 e o art. 11 da Lei nº 13.448/17, o TCU realiza um acompanhamento dos processos de desestatizações – em que se incluem as concessões. Internamente, esse acompanhamento se dá nos termos da Instrução Normativa n.º 81/2018.

Tal atuação prévia do TCU, porém, não tem sido livre de críticas de estudiosos. Aponta-se que o Tribunal tem alargado suas competências com base em normas internas e regimentais, ofendendo a Constituição e, na prática, invadindo competências do Administração. Destaca-se, nesse sentido, a pesquisa permanentemente realizada pelo Grupo Público da FGV Direito SP denominada “Observatório do TCU”¹⁶⁰.

Fato é, entretanto, que a atuação do Tribunal tem sido enérgica nos mais diversos setores em que se desenrolam as concessões.

3.8. Conclusões parciais

Neste capítulo, viu-se que os *sujeitos principais* da gestão das concessões sob a perspectiva pública são o poder concedente e agências reguladoras (a depender da agência e do regime setorial). Eles que exercem a *gestão* da execução em sentido estrito.

Como *sujeitos secundários* no recorte proposto, identificou-se a concessionária e os usuários. Como *sujeitos terciários*, identificou-se os financiadores, conforme referidos pelo artigo 27-A da Lei n.º 8.987/95, e os tribunais de contas, que também têm competência para atuar no âmbito das concessões.

¹⁶⁰ Diversos artigos estão disponíveis sobre o tema em repositório on-line. Disponível em: <https://sbdp.org.br/category/artigos-e-balancos-criticos/>. Acesso em: 12/10/2022.

CAPÍTULO 4 – INSTRUMENTOS DA GESTÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA PÚBLICA

4.1. Instrumentos: como?

Os *instrumentos* da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública são as ferramentas com as quais o poder concedente e/ou agência reguladora (*sujeitos principais*) devem atuar para que a concessão tenha sucesso. São competências instrumentais atribuídas a tais entidades pela constituição, leis e contratos. Esses instrumentos servem como *mecanismos de ação* nos objetos da gestão dos pactos concessórios.

Cumprе ressaltar, porém, que não são todas as competências do poder concedente e/ou agência reguladora que podem ser entendidas como instrumentos da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública. Fosse assim, bastaria mera referência ao capítulo 3 dessa dissertação, que cuidam a identificação desses sujeitos, para suprir tal escopo. Não é o caso.

Apresentar-se-á, aqui, o que são as principais ferramentas de atuação do poder concedente e/ou agência reguladora nas concessões, sempre tendo em vista a consagração de suas finalidades. Para tanto, conforme os capítulos anteriores, lançar-se-á mão da definição de alguns conceitos para leitura da legislação aplicável, bem como de exemplos práticos pontuais.

4.2. Regulação

O primeiro instrumento identificado é a *regulação*. Para fins da presente dissertação, será adotada a definição de regulação elaborada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que a define, no âmbito jurídico¹⁶¹, como “conjunto de regras de conduta e de controle da atividade

¹⁶¹ Para a professora, o conceito estritamente econômico de regulação “não se adapta inteiramente, porque a finalidade não é de ordem econômica, mas de ordem social. Daí ser preferível conceito mais amplo, em que estejam presentes os dois primeiros elementos já assinalados (fixação de regras de conduta e controle), mas se amplie o terceiro elemento, referente à finalidade da regulação, que é a de proteger o interesse público ou, mais precisamente, o interesse do usuário dos serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado” (ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia (coord.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. P. 22).

econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”¹⁶².

Partindo dessa definição, pode-se afirmar que o próprio pacto concessório constitui um instrumento de regulação, pois efetivamente *institui um conjunto de regras de conduta e controle de uma atividade (disponibilização de um serviço ou bem) com a finalidade de proteger interesse público*. É o que já anotou Floriano de Azevedo Marques Neto:

Em si, o contrato de concessão comum já se constitui em um instrumento regulatório fundamental. Isso se extrai da própria Constituição, que destaca ‘o caráter especial do seu contrato’ quando se refere à concessão de serviço público (art. 175, parágrafo único, inc. I). Na medida em que no contrato estão previstos os parâmetros para prestação do serviço (art. 23, inc. III, da Lei nº 8.987/1995) e os direitos e os deveres dos usuários (art. 23, inc. V), nele devem constar também os procedimentos de articulação entre os diversos interesses. Assim, o pacto concessório cumpre a função de ser a base da atividade regulatória estatal. Dado o fato de ser um contrato continuado, que afeta diversas classes de interesses, esse pacto deve contemplar regras procedimentais e de interação entre os diferentes agentes envolvidos.¹⁶³

Naturalmente, o contrato de concessão não é capaz de regular de modo estanque todos os detalhes envolvidos na execução do contrato e de seu objeto, especialmente por tratar-se, normalmente, de ajuste de longo prazo. Assim, diversas regras acabam demandando detalhamento por parte do poder concedente (v.g. forma de mensuração de certos parâmetros contratuais, requisitos para contratação de seguros); outros tantos procedimentos devem ser estabelecidos a posteriori (v.g. procedimento para pedidos de anuência diversos, procedimentos aplicáveis a processos administrativos sancionatórios). Também há regras que merecem revisão pela simples mudança do contexto social ou necessidade do serviço. Para todos esses casos, tem-se o papel fundamental da regulação contratual exercida, *a priori*, pelo poder concedente, mas que pode ser compartilhada com entidade reguladora (v. itens 3.2 e 3.3).

É útil, aqui, a divisão das cláusulas dos contratos de concessão em duas espécies: (i) *regulamentares* ou *de serviço*, destinadas ao regramento das condições da entrega do objeto do contrato; e (ii) *econômico-financeiras*, que correspondem às condições de remuneração do particular pela execução do objeto contratual¹⁶⁴.

¹⁶² ZANELLA DI PIETRO, M. S. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: ZANELLA DI PIETRO, M. S. (coord.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. P. 22.

¹⁶³ MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 202.

¹⁶⁴ Tivermos a oportunidade de esmiuçar o tema em artigo produzido no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o qual foi publicado em 2022 sob o título *Cláusulas*

Essa dicotomia justifica-se na medida em que a primeira espécie não está submetida à convenção com o particular, mas decorre de imposição constitucional, legal ou regulamentar, estando sujeita a alterações pela Administração Pública conforme as necessidades do serviço, da obra ou do fornecimento objeto do contrato – ou do interesse público, de modo mais genérico¹⁶⁵. Por isso, são também chamadas de *cláusulas estatutárias*. Entende-se que tais cláusulas podem ser objeto da regulação administrativa, seja para seu estabelecimento (novas regras), seja para sua revisão durante a execução do contrato (regras pré-existentes). É o que se conclui da leitura do art. 29, inc. I, da Lei de Concessões:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:
I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

Já a segunda espécie de cláusulas são as convencionais, relativas à remuneração do privado pela entrega do objeto contratado, e que, por isso mesmo, não podem ser modificadas pela Administração de modo unilateral¹⁶⁶. Daí outras denominações: *cláusulas contratuais* ou *econômico-financeiras*. É da razão estabelecida entre tais cláusulas e as obrigações que lhes são inicialmente correlatas é que se extrai a *equação econômico-financeira* do contrato e o fundamento para afirmação de sua *intangibilidade*¹⁶⁷, sendo, como observa Fernando Dias Menezes de Almeida, “o aspecto que tradicionalmente se vislumbra de direito adquirido em decorrência de um contrato administrativo”¹⁶⁸. Nestas é que reside o limite da regulação de que ora tratamos.

Evidentemente, caso o poder concedente crie ou altere regra do serviço (cláusula regulamentar) e essa mudança cause impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato (cláusula econômico-financeira), a concessionária terá direito de reequilíbrio. Isso só não ocorrerá se, materialmente, a mudança em questão constituir risco atribuído à concessionária

regulamentares e cláusulas econômico-financeiras nos contratos de concessão: uma leitura à luz da Teoria da Construção Escalonada do Direito. In: MENEZES DE ALMEIDA, F. D.; NIEBUHR, K. O. (Org.). *Estudos em Teoria Pura do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. Aproveitamos, aqui, algumas ideias desenvolvidas naquela oportunidade.

¹⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, J. *Licitações e contratos do Estado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 112.

¹⁶⁶ MEIRELLES, H. L. *Licitação e contrato administrativo*, 11ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 165.

¹⁶⁷ WALINE, M. *Droit Administratif*, 1963, p. 618 *apud* MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 665.

¹⁶⁸ MENEZES DE ALMEIDA, F. D. *Contrato Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 148.

pelo próprio pacto concessório (v. item 2.3), caso em que a equação econômico-financeira estará preservada¹⁶⁹.

O que é definitivamente vedado é o poder concedente alterar a própria equação econômico-financeira, como seria o caso de norma regulatória que alterasse a matriz de riscos do contrato ou a composição da tarifa.

4.3. Fiscalização

O segundo instrumento que se verifica é a *fiscalização*. Trata-se da prerrogativa de o poder concedente constatar materialmente o cumprimento, pela concessionária, das regras do contrato de concessão e demais normas aplicáveis, inclusive aquelas oriundas do exercício da *regulação* (item 4.2). É o que se depreende da leitura do art. 3º da Lei de Concessões:

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Note-se que a *cooperação dos usuários* é mencionada porquanto o art. 7º do mesmo diploma atribui a eles o dever de “levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado”. Isso não significa, porém, que tenha sido atribuído aos usuários a prerrogativa de fiscalizar; trata-se de incentivo à sua participação e cooperação, sem qualquer delegação de competência em sentido estrito.

Outrossim, a fiscalização exercida pelo poder concedente também encontra fundamento nas normas gerais do art. 58, inc. III, da LLC/93 e art. 104, inc. III, da LLC/21, como segue:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
III - fiscalizar-lhes a execução; (LLC/93)

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:
III - fiscalizar sua execução; (LLC/21)

¹⁶⁹ A matriz de riscos também informa o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, cf. vimos no item 2.3 deste trabalho.

A Lei de PPP também prevê a fiscalização exercida pelos “Ministérios” e “Agências Reguladoras”, como sucede de seu art. 15:

Art. 15. Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

Até aqui, faz-se referência à fiscalização exercida diretamente pelo poder concedente e/ou agência reguladora com competência para tanto. A essas competências, nem poder concedente nem agência reguladora podem renunciar. Sem embargo, é comum nos contratos de concessão, especialmente sob a forma de PPP em sentido estrito, a figura do verificador independente. Conforme dispôs-se em outra oportunidade:

Podemos defini-lo [o verificador independente] como entidade externa aos Contratos de Concessão que tem por função precípua a apuração técnica do desempenho da Concessionária em um ou mais misteres contratuais, conforme parâmetros e escopo de atuação definidos no próprio contrato.¹⁷⁰

Trata-se de figura eminentemente contratual, pois a lei não dispõe acerca de sua atuação. Há apenas um permissivo na Lei de Concessões para que a fiscalização seja feita “por intermédio de órgão técnico do poder concedente *ou por entidade com ele conveniada*” (art. 30, par. único; grifou-se). O próprio nome atribuído a tal entidade varia entre contratos, por isso entende-se mais prudente identificá-lo por sua *função*. Para fins deste trabalho, seguir-se-á com a denominação mais comum.

Como dito, a legislação impede que o poder concedente ou agência se desincumbam da fiscalização. Por isso, o verificador independente, em realidade, presta um auxílio a tais entidades, quando previsto, para mensuração técnica de parâmetros estampados objetivamente no contrato: especificação de obras; indicadores de desempenho; níveis de serviço etc.

É certo que o amplo emprego do verificador independente em concessões patrocinadas e administrativas decorre do fato de a lei expressamente prever a possibilidade de “pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada a desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato” (art. 6º, § 1º, da Lei de PPP). A lógica é atribuir a uma entidade externa ao poder concedente e/ou agência a mensuração independente da performance do particular na prestação do objeto contratual, seja para fins de

¹⁷⁰ SARTAL, E. P.; BARNABÉ, A. I. R. Verificador Independente: conceito, objetivo, escopo de atuação e formas de contratação. In: *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 67, 2019. P. 144.

apuração de remuneração variável – questão mais sensível, pois tem impacto diretamente na receita da concessionária –, seja para fins de fiscalização em geral. Sempre de modo objetivo.

4.4. Sanção

Intimamente ligada ao instrumento da fiscalização, temos o que se denomina instrumento de *sanção*¹⁷¹. Trata-se da prerrogativa de o poder concedente aplicar penalidades à concessionária quando, mediante o exercício da fiscalização, verificar-se o *inadimplemento* do contrato de concessão e demais normas aplicáveis à concessionária.

Note-se que a Lei de Concessão determina a modelagem contratual informe as penalidades a que se sujeita a concessionária. Também dispõe que o poder concedente tem a incumbência, que na verdade é um poder-dever, de aplicar as penalidades, conforme sucede de seus arts. 23, inc. VIII e 29, inc. II:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:
[...]
II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

No mesmo sentido é a Lei de PPP, que em seu art. 5º, inc. II, dispõe que o contrato de parceria deverá prever as penalidades aplicáveis em caso de inadimplemento contratual, “fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas”¹⁷². Isso significa que o pacto concessório deve prever, *ex ante*, as penalidades a que a concessionária se sujeita e sua forma de aplicação, isto é, qual o procedimento para imposição das penalidades. Esta última exigência revela a preocupação do legislador para com o *devido procedimento administrativo*.

¹⁷¹ “Sanção é previsão normativa consistente na alteração de uma situação jurídica, restringindo-se direitos e poderes de que gozava um sujeito, em virtude da conduta (comissiva ou omissa) incompatível com disciplina previamente estabelecida pelo Direito. A sanção apresenta cunho punitivo, em uma acepção axiológica. Não se trata de uma mera consequência lógica, como pretendeu Kelsen. A ilicitude apenas pode compreender-se como conduta reprovável em face de certos valores, que produz efeitos danosos a bens ou interesses objeto de tutela jurídica. A sanção é a solução jurídica para essa contradição.” (JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 263)

¹⁷² Nota-se que a Lei de PPP prevê também a possibilidade de o contrato prever penalidades à Administração por inadimplemento contratual. O tema é interessante, mas foge do escopo da nossa análise. Sobre o assunto, v. ZANELLA DI PIETRO, M. S. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 170.

Sobre as sanções admissíveis em contrato, entende-se que cabe a aplicação das normas gerais instituídas pela LLC/93 (art. 87¹⁷³), que em breve será totalmente substituída pela LLC/21 (art. 156¹⁷⁴). O tratamento entre as leis é assemelhado. Prevê-se (i) advertência; (ii) multa; (iii) impedimento de licitar e contratar; e (iv) declaração de inidoneidade. As diferenças principais residem nos prazos de cumprimento das penalidades de impedimento de licitar e contratar¹⁷⁵ e declaração de inidoneidade¹⁷⁶.

Embora defenda-se que a declaração de caducidade é em si uma penalidade – a mais grave dentre as aplicáveis à concessionária, pois enseja a extinção antecipada do contrato –, esta será tratada dentre os instrumentos de *extinção* da concessão (item 4.8).

4.5. Reajuste

O *reajuste* é a recomposição periódica do valor monetário da remuneração da concessionária, seja na forma de tarifas (concessões comuns e patrocinadas), seja na forma de contraprestação pecuniária e/ou aporte (concessões patrocinadas e administrativas). Não importa alteração do contrato, nem exercício de prerrogativas especiais do poder concedente; pelo contrário, significa a mera manutenção das condições do contrato. Por isso, a Lei de Concessão dispõe que cabe ao poder concedente apenas *homologá-lo*, conforme o art. 29, V:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

V - *homologar reajustes* e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

Sem embargo, dada a relevância dos reajustes para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do pacto concessório, além de sua estatura legal, entende-se por bem tratá-lo como um efetivo *instrumento* de gestão das concessões sob a perspectiva pública.

¹⁷³ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.”

¹⁷⁴ “Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.”

¹⁷⁵ Dois anos na LLC/93; um a três anos na LLC/21.

¹⁷⁶ Sem prazo específico na LLC/93; três a seis anos na LLC/21.

Apresentá-lo aqui também é útil para fazer a distinção do instrumento de *alteração* ou *revisão*, que será objeto do item 4.6 abaixo.

Em suma, como dito, *reajuste* é uma mera recomposição de perdas inflacionárias no tempo. Caracteriza-se “por ser uma fórmula preventiva normalmente usada pelas partes já ao momento do contrato, com vistas a preservar os contratados dos efeitos do regime inflacionário”¹⁷⁷. Prevista no ajuste inicial, sua implementação não implica alteração do contrato. Já a *revisão* é uma alteração do contrato que, reconhecendo-se um ou mais eventos de desequilíbrio contratual durante sua execução, modifica a remuneração da concessionária para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. Não prevista no ajuste inicial, sua implementação implica alteração do contrato.

No feliz resumo de Floriano de Azevedo Marques Neto: “Reajuste é um instrumento bastante simples de recomposição e se presta apenas a neutralizar o impacto da variação do valor da moeda”¹⁷⁸. A rigor, um atraso no reajuste (condição do contrato) pode ensejar uma revisão de preço (alteração do contrato) a para compensar os efeitos econômico-financeiros desse atraso.

Note-se que a Lei de Concessão indica como cláusula essencial do contrato as relativas “ao preço do serviço e *os critérios e procedimentos para o reajuste e revisão*” (art. 23, inc. IV; grifou-se), dispositivo aplicável, *mutatis mutandis*, às PPPs em suas duas modalidades¹⁷⁹.

Em suma, tem-se que o reajuste é *instrumento* importantíssimo para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4.6. Alteração ou revisão

Entende-se por bem tratar o instrumento de *alteração* e *revisão* como sinônimos neste trabalho, também de modo a diferenciá-los do *reajuste*. Isso porque, como visto acima, o que a Lei de Concessão denomina revisão nada mais é do que *a alteração das cláusulas remuneratórias da concessionária diante de certo evento de desequilíbrio*. Essa revisão pode

¹⁷⁷ CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 202.

¹⁷⁸ MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 194.

¹⁷⁹ V. art. 2º, § 1º c/c art. 3º da Lei de PPP.

se dar unilateralmente (cf. normal do art. 65, inc. I, alínea “b”, da LLC/93¹⁸⁰, a ser sucedida pela norma do art. 124, inc. I, alínea “b” da LLC/21¹⁸¹) ou por acordo entre as partes (cf. norma do art. 65, inc. II, alínea “d”, da LLC/93, a ser sucedida pela norma do art. 124, inc. II, alínea “d” da LLC/21).

Revisão também pode ser tomada na acepção de *procedimento de reavaliação do contrato de concessão*. Isto é, podem ser definidas oportunidades nas quais o contrato é reavaliado e, se o caso, modificado à luz dos fatos relacionados à sua execução e da vontade das partes, observados os termos do próprio contrato. A disciplina de procedimento (ou procedimentos) para as revisões tomadas nessa acepção, com hipóteses e lapsos temporais predefinidos, qualificam-na como verdadeiro *mecanismo contratual*. Um exemplo são as revisões quinquenais no modelo regulatório da ANTT¹⁸².

Sem embargo, para fins desta dissertação, identifica-se as revisões, tomadas na acepção de *momento contratual*, como meros mecanismos de procedimentalização do instrumento de *alteração*.

Pois bem. A alteração dos contratos de concessão é disciplinada pelas normas gerais da LLC/93 e LLC/21, que a substituirá, considerando a aplicação subsidiária de suas regras às concessões comuns, às concessões patrocinadas e administrativas¹⁸³. O tratamento em ambos os diplomas é similar.

Em suma, permite-se a *alteração unilateral do contrato* (art. 65, inc. I, da LLC/93; art. 124, inc. I, da LLC/21) a partir de uma leitura sistemática da Lei de Concessão, da Lei de PPP e das normas gerais aplicáveis: (i) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos (v.g. alteração de especificações, cronogramas e parâmetros da disponibilização do bem ou serviço: v. itens 2.2 e 2.4); e (ii) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (v.g. alteração do valor da tarifa ou da

¹⁸⁰ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: [...] b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;”

¹⁸¹ “Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: [...] b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;”

¹⁸² Contrato da InovaDutra: “19.9.1 A Revisão Quinquenal é a revisão realizada a cada 5 (cinco) anos, com o objetivo de adequar o Contrato à dinâmica do Sistema Rodoviário, observando as hipóteses de incidência e os procedimentos previstos na regulamentação da ANTT.”

¹⁸³ A LLC/93, em seu art. 124, determina sua aplicação subsidiária às concessões de serviço público – donde se poderia disputar sua aplicação à PPP sob modalidade administrativa. No entanto, a LLC/21, em seu art. 186, é mais expressa ao dispor que “aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010”.

contraprestação pecuniária para fins de reequilíbrio pela exercício da prerrogativa de alteração de especificações e parâmetros da disponibilização do bem ou serviço: v. 2.3).

Já a *alteração consensual* (art. 65, inc. II, da LLC/93; art. 124, inc. II, da LLC/21) é facultada, também a partir da mesma leitura: (i) quando conveniente a substituição da garantia de execução (v. item 2.7.1); e (ii) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato (v. 2.3).

Acerca dos limites de alteração impostos pelas citadas leis em razão do valor contrato, entende-se não serem aplicáveis às concessões, pois específicos para contratos de natureza muito distinta da concessão. Conforme alerta Marçal Justen Filho:

A temática da modificação das condições originais da concessão não pode ser enfocada à luz dos limites contemplados no art 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666. Esses dispositivos externam princípios compatíveis com contratos de natureza distinta da concessão. São hipóteses em que os recursos pertinentes à contratação são de responsabilidade do Estado. A fixação dos limites previstos nos aludidos dispositivos reflete uma grande preocupação com o controle dos dispêndios estatais. Isso fica evidente quando se determina a impossibilidade de modificação além de certos limites nem mesmo diante da concordância do particular – o que comprova que a tutela legal não se orienta, nesse passo, a proteger o interesse do contratado. Ora, esse tipo de preocupação não existe no âmbito da concessão, eis que não há transferência de recursos públicos para o concessionário. Não há necessidade de estabelecer alguma forma de limitação ao desembolso estatal derivado de alterações contratuais.¹⁸⁴

Ademais, a Lei n.º 13.448/17, específica para relitações, veio resolver essa dúvida ao dispor explicitamente que “as alterações dos contratos de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços não estão condicionadas aos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993” (art. 22). Ainda que a LLC/93 seja totalmente revogada, este dispositivo servirá ao menos como vetor interpretativo para a nova LLC/21.

Tratando-se propriamente dos limites concretos à alteração dos pactos concessórios, Carlos Ari Sundfeld sintetiza os condicionamentos da seguinte maneira:

Em suma, a inclusão de novos encargos é viável, desde que observados, fundamentalmente, estes dois limites: (1) os novos encargos devem guardar conexão

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO, M. *Teoria Geral das Concessões*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 443-444.

com o objeto original do contrato; e (2) os novos encargos, tomados isoladamente, devem ser insuscetíveis de exploração autônoma e adequada pelo sistema das concessões.¹⁸⁵

O entendimento do professor coaduna a própria lógica das concessões, que em regra são contratos de longo prazo e que, por isso mesmo, necessitam de certa *plasticidade* e *mutabilidade* para cumprirem seus objetivos. Por isso mesmo, identifica-se a *alteração* dos contratos de concessão como ferramenta fundamental à gestão das concessões sob a perspectiva pública.

4.7. Intervenção

O instrumento da *intervenção* consiste na prerrogativa de o poder concedente intervir na concessão “com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”, nos termos do art. 32 da Lei de Concessões. É efetivada “decreto do poder concedente”, do qual deve constar o “interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida” (art. 32, par. único).

Trata-se de instrumento a remediar eventual deficiência no desempenho da concessionária (v. 2.2), mas que *a priori* não implica a extinção da concessão, como seria o caso da caducidade. Implica, na verdade, a assunção pelo poder concedente da *gestão temporária da concessionária*, não a retomada do serviço¹⁸⁶.

A lei confere um prazo para que o poder concedente, após a decretação da intervenção, apure em processo administrativo as causas determinantes da intervenção e eventual responsabilidade da concessionária. Caso não haja responsabilidade da concessionária, uma vez restabelecido o serviço, o objeto contratual é devolvido à concessionária. Se for apurada a responsabilidade, caberá ao poder concedente decidir sobre a decretação de caducidade (v. item 4.8.2).

4.8. Extinção da concessão

¹⁸⁵ SUNDFELD, C. A. *Condições jurídicas para a ampliação do contrato de concessão rodoviária*. Pareceres, vol. II. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁸⁶ JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 305.

A Lei de Concessões prevê seis modalidades de extinção da concessão. São elas (i) advento do termo contratual; (ii) encampação; (iii) caducidade; (iv) rescisão; (v) anulação; e (vi) falência ou extinção da concessionária.

Sem embargo, entende-se que apenas a *extinção por encampação*, a *extinção por caducidade* e a *extinção por anulação* constituem verdadeiros instrumentos da gestão das concessões sob a perspectiva pública. Estes têm caráter instrumental para ação do poder concedente durante a gestão contratual.

Os demais, não: (i) o advento do termo contratual constitui mero exaurimento do prazo da concessão; (ii) a rescisão, a rigor, é a previsão de um direito de ação da concessionária diante da inadimplência do poder concedente¹⁸⁷; (iii) a falência da concessionária é ato judicial, sendo certo que o manejo dos instrumentos de gestão pelo poder concedente deve, em verdade, evitar justamente isso; e (iv) a anulação diferencia-se de todas as demais modalidades extintivas da concessão por relacionar-se a evento ocorrido no passado, até o momento da formalização da concessão. Não depende da conduta do concessionário no desempenho da concessão nem se relaciona com um juízo de conveniência acerca da sua extinção.

4.8.1. Encampação

A *extinção por encampação* constitui a extinção unilateral e antecipada do contrato de concessão com fundamento em razões de interesse público. É efetivada “mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização” (art. 37 da Lei de Concessões).

Em resumo, esta prerrogativa é exercida a partir da avaliação do poder concedente de que o interesse público será mais bem atendido com outra solução regulatória¹⁸⁸, que não a continuidade da concessão. É dizer, revela a decisão governamental de retomada do objeto

¹⁸⁷ De todo modo, cumpre anotar que a doutrina admite a possibilidade de rescisão judicial por iniciativa do poder concedente, não obstante se reconheça que o poder concedente tem competência para fazê-lo unilateralmente, por encampação, caducidade ou anulação. Sobre o tema, ver caso interessante de anulação judicial demandada pelo poder concedente analisado por Sérgio Guerra com a colaboração de José Marinho Séves Santos: GUERRA, S. Mutação regulatória e equilíbrio econômico-financeiro – caso “ARTESP – TAM”: Processo nº 1040986-29.2014.8.26-0053, TJSP. In: Marques Neto et. al. *Dinâmica da regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira – a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 177-190.

¹⁸⁷ V. item 4.2.

¹⁸⁸ V. item 4.2.

contratual para executá-lo diretamente ou mediante outorga de nova concessão, mas com características distintas, *mais adequadas*, do que a anterior.

Idealmente, o poder concedente deve lançar mão do instrumento de alteração do contrato (v. item 4.6) antes de tomar medida tão drástica. Como se viu acima, as concessões são qualificadas por sua relativa plasticidade e mutabilidade para enfrentar toda sorte de mudanças que ocorram no interesse público.

Outrossim, caso o poder concedente decida por bem decretar a encampação, cabe o pagamento de indenização prévia a que se refere o art. 36 da Lei de Concessões:

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Conforme aponta a doutrina, a indenização deve ser prévia e abranger, além da indenização pela expropriação de bens reversíveis ainda não amortizados¹⁸⁹, também lucro cessantes e danos emergentes¹⁹⁰.

4.8.2. Caducidade

A *extinção por caducidade* é a extinção da concessão por inadimplemento da concessionária ou supressão de requisito imprescindível à manutenção da avença¹⁹¹. Trata-se da sanção mais drástica aplicável ao privado.

A Lei de Concessões, em seu art. 38, § 1º, elenca algumas hipóteses de caducidade, a saber: (i) o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço; (ii) a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão; (iii) a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto,

¹⁸⁹ “Como já afirmado acima, a encampação amplia a perspectiva de não estarem totalmente amortizados ou depreciados os bens reversíveis, pelo motivo evidente de que previa-se o prazo integral do contrato para efetuar-se a amortização. Portanto, o poder concedente deverá indenizar o concessionário pelo valor dos bens expropriados. Aplicam-se as considerações desenvolvidas no âmbito do art. 36.” (JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 341)

¹⁹⁰ JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 342-343.

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997, p. 346.

ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior; (iv) a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; (v) a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; (vi) a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e (vii) a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal.

Note-se que as hipóteses de decretação de caducidade previstas na Lei de Concessões não são *numerus clausus*. Além de o *caput* do art. 38 ser abrangente, a própria lei traz outras hipóteses de caducidade, como a transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária sem anuência prévia. Desse modo, a rigor, o contrato de concessão também pode regular o tema, de modo a conferir mais segurança jurídica tanto para concessionária – que saberá a hipótese de incidência da caducidade e portanto poderá se defender com maior eficiência – e ao poder concedente – que terá parâmetros mais objetivos para decretá-la.

No caso de *extinção por caducidade*, conforme o art. 38, § 5º, da Lei de Concessões¹⁹², a concessionária terá direito à indenização dos investimentos em bens reversíveis ainda não amortizados, com desconto do valor de eventuais multas contratuais e danos causados. O poder concedente, porém, não tem obrigação de indenizá-la previamente: tão logo apurada a responsabilidade, nos termos do § 2º do art. 38, caberá a decretação da caducidade e a assunção do objeto contratual. A lei só determina que o valor da indenização seja calculado “no decurso do processo”.

4.9. Meios alternativos de resolução de controvérsias

O último instrumento da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública são os *meios alternativos de resolução de controvérsias*.

Tanto a Lei de Concessão quanto a Lei de PPP permitem, desde meados dos anos 2000, que os contratos prevejam mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes

¹⁹² “Art. 38 [...] § 5o A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.”

ou relacionadas ao contrato, nos termos, respectivamente, de seus arts. 23-A¹⁹³ e 11, inc. III¹⁹⁴. Assim, seu emprego em concessões e PPPs não é propriamente uma novidade.

Porém, foi especialmente após a publicação da Lei n.º 13.129/15, que alterou a Lei n.º 9.307/96 para permitir expressamente o uso de arbitragem pela Administração Pública¹⁹⁵, que se viu uma proliferação de cláusulas de mediação e arbitragem em pactos concessórios.

Uma tendência mais recente é a previsão de comitês ou juntas técnicas de acompanhamento da execução contratual, denominados *dispute boards*, que podem ser formados no início do contrato para acompanhá-lo durante todo o seu prazo, ou serem instituídos *ad hoc*.

Recentemente, a LLC/2021 também inovou ao permitir a adoção de meios alternativos de resolução de controvérsias em todos os contratos abrangidos por seu regime, conforme o *caput* de seu art. 151¹⁹⁶. A lei traz menção expressa aos métodos de (i) conciliação, (ii) mediação, (iii) comitê de resolução de disputas e (iv) arbitragem.

É claro que a adoção desses mecanismos é uma opção feita durante a tarefa pública da estruturação da concessão. A conformação específica desses mecanismos é matéria de regulação contratual, portanto relativamente plástica, tanto com relação às matérias que podem ser objeto de submissão a eles, quanto com relação ao seu funcionamento no caso concreto. Apenas terão sempre que respeitar o postulado legal de submissão apenas e tão-somente de *direitos patrimoniais disponíveis*.

Se, por um lado, não interessa ao presente trabalho esmiuçar as nuances dos meios alternativos de solução de controvérsias ora identificados, por outro, é importante compreender-se os limites desses direitos patrimoniais disponíveis para delimitação dos objetos da gestão do contrato de concessão aos quais esses instrumentos são aplicáveis.

¹⁹³ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

¹⁹⁴ “Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

¹⁹⁵ A principal inovação da citada lei foi a expressa menção à aplicabilidade da arbitragem à Administração Pública, com relação a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º). Sobre as inovações da lei, v. ZANELLA DI PIETRO, M. S. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1670.

¹⁹⁶ “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.”

Adota-se, pois, o entendimento de que direitos indisponíveis são aqueles que envolvem *prerrogativas* da Administração. No caso das concessões, isso engloba o exercício de poderes-deveres do poder concedente, conforme identificados no item 3.2. Sem embargo, eventuais disputadas acerca dos reflexos do exercício dessas prerrogativas na equação econômico-financeira do contrato podem, teoricamente, ser objeto de submissão a meios alternativos de resolução de controvérsias¹⁹⁷.

Daí por que consideramos que os meios alternativos de solução de controvérsias constituem um *instrumento* da gestão dos contratos de concessão, especialmente para temas relativos ao equilíbrio econômico-financeiro (cf. item 2.3).

4.10. Conclusões parciais

Neste capítulo, identificamos principais instrumentos de que dispõem poder concedente e/ou agência reguladora para gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública. Concluímos serem eles: (i) *regulação*, (ii) *fiscalização*, (iii) *sanção*; (iv) *reajuste*; (v) *alteração* ou *revisão*; (vi) *intervenção*; (vii) *extinção por encampação* e (viii) *extinção por caducidade* e (ix) *meios alternativos de resolução de controvérsias*.

¹⁹⁷ Conforme pensamento de Irene Patrícia Nohara: “Em suma, pode ser que a estipulação de cláusulas regulamentares, o uso do poder de exorbitância do Poder Público, no sentido de instabilizar a avença, determinando o que é melhor do ponto de vista do interesse público, não seja realmente assunto sujeito à arbitragem, por serem aspectos indisponíveis... Mas, por outro ângulo, haverá efeitos econômico-financeiros do manejo dos poderes administrativos que poderão ser algo de discussão na arbitragem. Assim, os efeitos patrimoniais dessa alteração que repercutem sobre a CLÁUSULA ECONÔMICO-FINANCEIRA podem ser sim sujeitos à arbitragem, pois é de interesse coletivo que haja a manutenção dos contratos se a Administração não atuou de forma equilibrada em relação aos compromissos assumidos, isto é, se não houve a devida recomposição, por exemplo.” (NOHARA, I. P. *Arbitragem nos contratos administrativos de infraestrutura e interesse patrimonial disponível: a fênix ou o cavalo de troia?* Disponível em: <https://direitoadm.com.br/arbitragem-nos-contratos-administrativos/>. Acesso em 10/12/2022).

CONCLUSÃO

Com este trabalho, foram analisados os *aspectos jurídicos da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública*.

Identificou-se, num primeiro momento, no que consistem os *regimes de concessão*. Demonstrou-se que são contratos em que o contratado se submete, primordialmente, a obrigações de resultado. Também foi notado que parte dos contratos de concessão celebrados nos últimos anos no Brasil não foram cumpridos a contento, concluindo-se com a tese de que parte desse insucesso se explica justamente por falhas nas tarefas públicas de *estruturação, licitação e gestão* dos pactos concessórios pela Administração Pública. Dentre as tarefas públicas identificadas, concluiu-se que a *gestão* é a mais relevante para conferir eficácia aos pactos concessórios.

Na segunda parte do trabalho, já com foco nos aspectos jurídicos gestão dos contratos de concessão, sempre a partir da perspectiva pública, o tema foi estudado a partir de três enfoques.

O primeiro enfoque foi o dos *objetos* envolvidos na gestão das concessões sob a perspectiva pública. A pergunta feita foi: o quê? Concluiu-se que os principais objetos com os quais a Administração deve se ocupar são: (i) *desempenho da concessionária*; (ii) *equilíbrio econômico-financeiro*; (iii) *atualidade*; (iv) *bens da concessão*; (v) *seguros da concessão*; (vi) *garantias*; (vii) *aspectos institucionais da concessionária*; e (viii) *transparência*.

O segundo enfoque foi o dos *sujeitos* envolvidos na gestão das concessões sob a ótica governamental. A pergunta feita foi: quem? A resposta veio com a identificação, na legislação aplicável, de dois *sujeitos principais* ou *primários*: poder concedente e agências reguladoras (a depender da agência e do regime setorial). Eles que exercem a gestão da execução em sentido estrito. Como *sujeitos secundários*, no recorte proposto, identificou-se *concessionária e usuários*. Como *sujeitos terciários*, *financiadores* e os *tribunais de contas*.

O terceiro e último enfoque foi o dos *instrumentos* da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública. A pergunta feita foi: como? Eis que ficaram claras as ferramentas com as quais o poder concedente e/ou agência reguladora devem atuar para que a concessão tenha sucesso. Na sistematização deste trabalho, são elas: (i) *regulação*, (ii) *fiscalização*, (iii) *sanção*; (iv) *reajuste*; (v) *alteração* ou *revisão*; (vi) *intervenção*; (vii) *extinção por encampação*; (viii) *extinção por caducidade*; e (ix) *meios alternativos de resolução de controvérsias*.

Finalmente, propõe-se a tabela abaixo como um resumo das relações feitas entre *objetos*, *sujeitos* e *instrumentos* da gestão dos contratos de concessão sob a perspectiva pública, conforme identificados ao longo da pesquisa. Reforça-se que seu bom manejo durante a execução contratual é fundamental para o sucesso dos pactos concessórios e, conseqüentemente, para realização do interesse público.

OBJETO		SUJEITO (1)	SUJEITOS (2)	SUJEITOS (3)	INSTRUMENTOS
Desempenho da concessionária		Poder concedente e/ou agência	Concessionária, Usuários	Financiadores Tribunais de contas	Regulação, fiscalização, sanção, intervenção, extinção por caducidade
Equilíbrio econômico-financeiro		Poder concedente e/ou agência	Concessionária, Usuários	Financiadores Tribunais de contas	Reajuste, alteração, mecanismos de resolução de controvérsias
Atualidade		Poder concedente e/ou agência	Concessionária, Usuários	Financiadores Tribunais de contas	Alteração, extinção por encampação
Bens da concessão		Poder concedente e/ou agência	Concessionária, Usuários	Financiadores Tribunais de contas	Fiscalização, sanção, intervenção, extinção por caducidade
Seguros da concessão		Poder concedente e/ou agência	Concessionária, Usuários	Financiadores Tribunais de contas	Fiscalização, sanção, extinção por caducidade
Garantias	Execução	Poder concedente e/ou agência	Concessionária, Usuários	Financiadores Tribunais de contas	Fiscalização, sanção, extinção por caducidade
	Pública	Poder concedente e/ou agência	Concessionária, Usuários	Financiadores Tribunais de contas	Regulação, alteração
Aspectos institucionais da concessionária		Poder concedente e/ou agência	Concessionária, Usuários	Financiadores Tribunais de contas	Regulação, fiscalização, extinção por caducidade
Transparência		Poder concedente e/ou agência	Concessionária, Usuários	Financiadores Tribunais de contas	Regulação, fiscalização

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, F. H. *Direito econômico: do direito nacional ao supranacional*. São Paulo: Atlas, 2012.

AMARAL, A. C. C. *Licitação e Contrato Administrativo: estudos, pareceres e comentários*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ANDRADE, L. Q. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, A. S. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, nº 2, maio/junho/julho de 2005.

ARAGÃO, A. S. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAÚJO, E. N. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARNABÉ, A. I. R. Cláusulas regulamentares e cláusulas econômico-financeiras nos contratos de concessão: uma leitura à luz da Teoria da Construção Escalonada do Direito. In: MENEZES DE ALMEIDA, F. D.; NIEBUHR, K. O. (Org.). *Estudos em Teoria Pura do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BITTENCOURT, M. V. C. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *ANAC apura descumprimentos contratuais pela concessionária de Viracopos, 27 de fevereiro de 2018*. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2018/anac-apura-descumprimentos-contratuais-pela-concessionaria-de-viracopos-3>>. Acesso em 3 de julho de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1174/2018. Interessado: Agência Nacional de Transportes Terrestres. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 23 de maio de 2018. Julgado em 23 de maio de

2018.

CÂMARA, J. A. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CASSAGNE, J. C. *La intervencion administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CHEVALLIER, J. L'état régulateur. *Revue française d'administration publique*, n.º 111, 2004-03.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Licitações e contratos do Estado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DEMOGUE, R. *Traité des obligations en général*, t. 5, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925.

ENEI, J. V. L. *Garantias de adimplemento da administração pública ao contrato nas parcerias público-privadas*. São Paulo: Almedina, 2018.

ENEI, J. V. L. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESCOLA, H. J. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Astrea, 1979.

FIGUEIROA, C.; BARNABÉ, A. I. R. Evolução institucional do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI). *Revista de Contratos Públicos*. Belo Horizonte, v.7, n.13, mar./ago. 2018.

GARCIA, F. A. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, edição especial, 2017.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro – teoria geral das obrigações*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GROTTI, D. A. M. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, S. Mutação regulatória e equilíbrio econômico-financeiro – caso “ARTESP – TAM”: Processo n  1040986-29.2014.8.26-0053, TJSP. In: Marques Neto et. al. *Dinâmica da regula o: estudo de casos da jurisprudência brasileira – a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GUIMARÃES, F. V. Aloca o de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, M.; SCHWIND, R. W. (coord.). *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance: a Resource for Governments, Sponsors, Lawyers and Project Participants*. 3 ed. Cambridge: Cambridge Press, 2007.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licita es e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licita es e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, M. *Concessões de serviços públicos - comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Editora Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, M. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUBED RE, A. *Traité  l mentaire de droit administratif*. 5ª ed., v. II. Paris: LGDJ, 1970.

LOPEZ, T. A. *O dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARCATO, F. S.; FAJARDO, G. R. Por que uma agência reguladora de transportes? *In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, João Henrique de Oliveira (coord.). Direito e infraestrutura: rodovias e ferrovias – 20 anos da Lei n.º 10.233/01*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MARQUES NETO, F. A. *Concessões*. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARQUES NETO, F. A. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n. 107, Ano XXIX, pp. 74-82, dez. 2009.

MARRARA, T. Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM): O que Mudou em Seu Regime Jurídico Desde a Constituição de 1988 até a Lei n.13465 de 2017? *GEN Jurídico*, 2019. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2019/04/03/concessao-de-uso-especial-para-fins-de-moradia-cuem-o-que-mudou-em-seu-regime-juridico-desde-a-constituicao-de-1988-ate-a-lei-n-13465-de-2017>>. Acesso em: 1º de julho de 2019.

MARTINS JUNIOR, W. P. Princípio da Transparência. *In: Tratado de Direito Administrativo. Vol. 1: Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Wallace Paiva Martins Junior (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZEAUD, H. *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles: obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence*. RTDC, 1936.

MEIRELLES, H. L. *Licitação e contrato administrativo*, 11ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, C. A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEZES DE ALMEIDA, F. D. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartir Latin, 2012.

MONTEIRO, V. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, V. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

NOHARA, I. P. *Arbitragem nos contratos administrativos de infraestrutura e interesse patrimonial disponível: a fênix ou o cavalo de troia?* Disponível em: <https://direitoadm.com.br/arbitragem-nos-contratos-administrativos/>. Acesso em 10/12/2022.

PEREZ, M. A. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*, 1 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREZ, M. A. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RIBEIRO, M. P. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <https://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/seguros-e-garantia-de-cumprimento-do-contrato/>. Acesso em 25/11/2022.

RIBEIRO, M. P. *Contabilização pública do aporte e da contraprestação em PPP e o seu controle fiscal*. Disponível em: <https://www.portugalribeiro.com.br/contabilizacao-publica-do-aporte-e-da-contraprestacao-em-ppp-e-o-seu-controle-fiscal/>. Acesso em: 25/11/2022.

RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômicos-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SARTAL, E. P.; BARNABÉ, A. I. R. Verificador Independente: conceito, objetivo, escopo de atuação e formas de contratação. In: *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 67, 2019.

SUNDFELD, C. A. Guia Jurídico das Parcerias Públicas-Privadas. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.). *Parcerias públicas-privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SUNDFELD, C. A.; JURKSAITIS, G. J. Apresentação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, G. J. (coord.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, C. A. *Condições jurídicas para a ampliação do contrato de concessão rodoviária*. Pareceres, vol. II. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, C. A. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, C. A. (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. (2011). *Revista de Direito Administrativo*, 257.

TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. Notas sobre a condição no negócio jurídico. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 16/2018, jul-set. 2018.

VELLOSO, R. *Recessão extraordinária e o abalo das concessões de 2013*. Rio de Janeiro: Fórum Nacional, 2016.

WALD, A. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*, Editora Saraiva, 2004.

ZANELLA DI PIETRO, M. S. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ZANELLA DI PIETRO, M. S. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: ZANELLA DI PIETRO, M. S. (coord.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ZANELLA DI PIETRO, M. S. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZANELLA DI PIETRO, M. S. *Da discricionarietà administrativa*. São Paulo: Atlas, 1991.