

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

DINÂMICA DAS REGRAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÕES
DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/235717zv>

Author

Carvalho, André Castro

Publication Date

2010-04-26

Peer reviewed

DINÂMICA DAS REGRAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS*

André Castro Carvalho[†]

RESUMO

Este trabalho tem como propósito analisar a dinâmica entre as regras jurídicas e econômicas das concessões de serviços públicos e os reflexos na alteração das regras vigentes. O contrato de concessão de serviços públicos requer o respeito às regras econômicas estabelecidas, a não ser que haja repactuação da regra jurídica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, segundo os ditames da Lei nº 8.987/95. Igualmente, os riscos econômicos devem ser corretamente distribuídos, de forma que os ganhos e as perdas tenham um destinatário estabelecido. Desta maneira, os ganhos no investimento (concessão) são proporcionais ao risco assumido pelo particular. Como em qualquer negócio, o investidor almeja a remuneração do capital investido, visto a atividade ser por sua conta e risco, nos ditames do art. 2º, II e III da Lei das Concessões. Portanto, as tentativas de alteração unilateral das cláusulas econômicas pelo poder público sem a respectiva revisão da cláusula jurídica da equação econômico-financeira violam o sistema das concessões.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: A ANÁLISE ECONÔMICA DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS	1
2. O RISCO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	3
2.1. TIPOS DE RISCOS ECONÔMICOS DOS CONTRATOS	5
2.2. O “RISCO SOCIAL” DE SE CONCEDER UM SERVIÇO PÚBLICO	7
3. ALTERAÇÃO DAS REGRAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS	9
4. REFLEXOS NA ALTERAÇÃO INDEVIDA DAS REGRAS ECONÔMICAS	13
CONCLUSÃO	16
BIBLIOGRAFIA	17

PALAVRAS-CHAVE: Investimentos; concessão de serviço público; contrato de concessão; regulação; riscos.

CÓDIGO JEL: K23 – Regulated Industries and Administrative Law

* Gostaria de agradecer os pertinentes comentários de Bruno Dario Werneck e Celso de Barros Correa Neto.

[†] Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Público. Mestrando pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Universidade de São Paulo e Monitor do Programa de Aperfeiçoamento do Ensino – PAE na mesma Universidade. Assessor Jurídico da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR e do Sindicato Nacional das Concessionárias de Rodovias, Vias Urbanas, Pontes e Túneis – SINCROD. E-mail: andre@abcr.org.br e andre@sincrod.org.br.

THE DYNAMICS OF THE LEGAL AND ECONOMIC RULES IN PUBLIC SERVICE CONCESSION AGREEMENTS*

André Castro Carvalho[†]

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the dynamics of the legal and economic rules regarding the concession of public services and the impact of any changes to current rules. The agreement for the concession of public services requires strict adherence to established economic rules, except when the parties involved agree to reformulate the so-called “economic and financial balance” rule of the contract, as per the Law n. 8,987/1995. Likewise, the economic risks involved should be allocated appropriately so that profit and loss belong to a clearly defined party. Thus, the return (concession) is proportional to the risk assumed by the investor. As with any business, the investor expects to see returns on his investment, considering that he is the one to bear the risks of the activity, as established by the Concession Law, article 2, clauses II and III. Therefore, the attempts to one-sidedly change the economic clauses without a revision of the “economic and financial equation” clause represent a violation of the legal concession system.

CONTENTS:

1.	INTRODUCTION. AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE PUBLIC SERVICE CONCESSIONS.....	1
2.	THE RISKS INVOLVED IN PUBLIC SERVICE CONCESSION AGREEMENTS.....	3
2.1.	TYPES OF ECONOMIC RISKS PERTAINING TO THE AGREEMENTS.....	5
2.2.	THE “SOCIAL RISK” OF A PUBLIC SERVICE CONCESSION.....	7
3.	CHANGES IN THE ECONOMIC AND LEGAL RULES.....	9
4.	IMPACT OF AN UNDUE CHANGE IN THE ECONOMIC RULES.....	13
	CONCLUSION.....	14
	REFERENCES.....	16

KEYWORDS: Investments; public service concession; concession agreement; regulation; risks.

JEL CLASSIFICATION CODE: K23 - Regulated Industries and Administrative Law.

* I am grateful to Bruno Dario Werneck and Celso de Barros Correia Neto for their helpful comments.

[†] LL. B. from the Universidade de São Paulo. Post-Graduated on Public Law. Currently studying for a LL. M. degree on Economics, Finance and Tax Law at the Universidade de São Paulo. Internship as Assistant Professor (Programa de Aperfeiçoamento do Ensino – PAE) at the same University. Legal Adviser, Brazilian Highway Concessionaires Association – ABCR and Brazilian National Union of Turnpikes, Bridges and Tunnels Concessionaires – SINCROD. E-mail: andre@abcr.org.br and andre@sincrod.org.br.

1. INTRODUÇÃO: A ANÁLISE ECONÔMICA DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Os contratos de concessão de serviços públicos são a formalização do acordo entre Administração Pública e particular com o escopo de transferir a prestação de uma atividade (que pode ser um serviço público) que determinada vertente político-econômica entenda importante para o desenvolvimento em seu território, vigente por um longo período a fim de que os investimentos sejam amortizados no decorrer deste lapso.

Normalmente as concessões são utilizadas para o desenvolvimento da *infraestrutura*, visto que, na opinião do economista JOSÉ ROBERTO MENDONÇA DE BARROS¹, a precariedade deste setor funciona analogamente como um imposto progressivo sobre a produção e consumo, limitando o crescimento nacional. Com a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016 avizinhandose no País, as concessões aparecem como principal alavanca para o cumprimento destas tarefas internacionais assumidas pelo Brasil, e a regulação apresenta importante papel neste processo, já que “estados que falham em prover um direito eficiente recebem menos da atividade regulada.”²

Aponta ODETE MEDAUAR³, como característica das concessões, a existência de definição da forma como o serviço público deverá ser realizado, bem como a fiscalização e sanção pelo poder concedente no caso de seu descumprimento. É nesta vertente que se caracterizam as obrigações contraídas por uma concessionária de serviço público: em razão da prestação de um serviço adequado e condizente com o previsto contratual e normativamente, há a respectiva remuneração tarifária – arcada pelo usuário deste serviço público⁴. Este é o aspecto jurídico da concessão, envolvendo dois regramentos: o *contrato* e as *normas* que o circundam.

O aspecto econômico está relacionado com a remuneração originada pela atividade da concessionária, considerando que, muitas vezes, estes certames licitatórios

¹ A operacionalização das PPPs visando à melhoria da infra-estrutura brasileira. In: SERASA. *Os caminhos para o crescimento sustentável da economia brasileira: 2º painel macroeconômico Serasa*. São Paulo: Serasa, 2005, p. 81.

² Cf. ROE, Mark J. Chaos and Evolution in Law and Economics. *Harvard Law Review*. v. 109. 1995-1996, p. 642.

³ A figura da concessão. In: MEDAUAR, Odete (coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: RT, 1995, p. 14-15.

⁴ Ou também pelo Estado, caso seja na modalidade de Parceria Público-Privada.

ofertam os chamados *monopólios naturais* na ciência econômica, *i e.*, as empresas ingressam na disputa por bens públicos⁵ com baixa rivalidade no mercado. Este é o caso, *v. g.*, das rodovias, ferrovias, distribuição de energia elétrica e saneamento básico. Trata-se, destarte, de competição *pelo mercado*, e não *no mercado*. Este jogo de preposições é importante para definir que a concessionária não pode auferir lucro por conta das regras concorrenciais de competitividade no mercado, mas tão somente mediante o investimento realizado na prestação do serviço público sob sua responsabilidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, ao dispor sobre a sistemática das concessões, incumbe à lei (atualmente, a Lei nº 8.987/95) a definição de alguns de seus aspectos, dentre eles o regime jurídico das empresas e a política tarifária. Como exemplo, a Lei das Concessões, por sua vez, define o que é concessão de serviço público precedida da execução de obra pública⁶ em seu artigo 2º, inciso III:

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, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à 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; (destacou-se)

O dispositivo legal considera, portanto, que esta modalidade de concessão é atividade com risco econômico (“por sua conta e risco”). Como em toda atividade econômica em que haja risco, o investidor (“investimento”) assume que, aplicando seu capital em determinado contexto de consequências incertas – e logrando êxito em suas perspectivas –, obterá uma remuneração (“remunerado”) sobre este capital pelo risco

⁵ Na literatura econômica, o conceito de *bens públicos* é utilizado de forma diversa à doutrina jurídica. Este conceito, porém, deve ser modulado com relação ao postulado econômico de que os bens públicos seriam aqueles cuja utilização pelos cidadãos é de árdua mensuração, ou então de difícil especificação dos beneficiados diretamente, traduzindo-se em um bem “não-rival” ou de consumo indivisível. Desta forma, o consumo por parte de um indivíduo não prejudica e nem exclui (“não-excludente”) o consumo pelos demais (Cf. GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 4-5 e CONTI, José Mauricio. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 2). Destarte, quando a teoria econômica vale-se da expressão *bem público*, quer se referir às diversas prestações estatais aos administrados, tal como a segurança pública. Os economistas excluem, contudo, a educação, pois aqui é possível a mensuração, sendo custeada pelo Estado por razões de conveniência e escolha dos cidadãos como bem *juridicamente* relevante a ser tutelado e financiado com recursos públicos.

⁶ O inciso II, que trata da concessão de serviço público, também possui, basicamente, o elemento econômico principal, que é a prestação de serviço por *conta e risco* do concessionário, de forma que utilizamos o exemplo da concessão de serviço público precedido de obra pública por possuir outras variantes a serem consideradas.

assumido. No caso das concessões, a prestação do serviço (“exploração do serviço ou da obra”) constitui o principal meio pelo qual o investidor obterá sua remuneração, por intermédio da tarifa⁷. Em resumo: quanto maior o risco assumido, maior a rentabilidade do investimento em caso de êxito, e vice-versa.

Ao comentar este dispositivo, EURICO DE ANDRADE AZEVEDO e MARIA LÚCIA MAZZEI DE ALENCAR⁸ explicam que os riscos do concessionário estariam mitigados por conta da necessidade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Logo, nem todos os riscos devem ser suportados pelo particular, assim como o poder público não pode avocar a função de “segurador” destes riscos. Vejamos, então, como é realizada a distribuição dos riscos nos contratos de concessão de serviços públicos.

2. O RISCO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Diante do exposto anteriormente, o risco é, por conseguinte, fator imanente ao investimento realizado pelo concessionário. E qualquer mudança neste risco deverá beneficiar ou prejudicar, exclusivamente, aquele que o tomou. É nesta esteira que explica ROY MARTELANC⁹:

(...) se a mudança, no seu conjunto, for favorável à concessionária, ela se apropriará dos ganhos decorrentes. Mas se for marcadamente desfavorável, ela sempre tem a opção de abandonar a concessão, devolvendo o serviço ao Estado.

⁷ Também relembra ROY MARTELANC (Equilíbrio econômico x equilíbrio financeiro em concessões: um caso de transporte urbano de passageiros. In: *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Santiago, 18-21 oct. 2005, p. 1. Disponível em: <<http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20X/documentos/martelan.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2009) que o *equilíbrio econômico* é garantido *parcialmente* pelo Estado, tendo, como principal fonte, as tarifas dos usuários como custeio do investimento realizado. E seria *parcialmente* porque há riscos que serão suportados pelo particular, conforme se verá. Porém, para que não haja confusões conceituais com a regra jurídica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, diríamos que o particular, realmente, tem o *retorno* do projeto *parcialmente* garantido pelo poder concedente.

⁸ *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23 e 40.

⁹ *Equilíbrio...*, p. 3. É importante salientar, contudo, a questão das penalidades que despontam em caso de abandono da concessão.

A missão da alocação dos riscos, explicam LUIZ AFONSO DOS SANTOS SENNA e FERNANDO DUTRA MICHEL¹⁰, é tarefa árdua que exige negociação, dado que a modalidade do risco – bem como o seu grau – é mutável com o passar do tempo. Portanto, ensinam que “(...) é necessário identificar esses riscos no começo e alocá-los em grupos apropriados.” Porém, adicionam que alguns riscos são melhores suportados pelo particular, enquanto que, outros, pelo poder público.

A alocação dos riscos é, por conseguinte, a regra econômica da concessão, que não destoa do modelo econômico adotado, nas sociedades capitalistas, na produção de bens e serviços. Diante disto, por que o lucro das concessionárias é, por vezes, tão criticado? O serviço público, em si, não visa ao lucro; mas a atividade do particular ao investir, almeja, obviamente, obter uma remuneração por este capital. E, neste caso, não se trata do conceito de *atividade econômica* insculpido no artigo 173 da Constituição Federal¹¹, mas sim de investimento na concessão de um serviço público: como toda atividade financeira, deve, naturalmente, objetivar o lucro.

A título de exemplo, está dentro da esfera de atuação do poder concedente, por exemplo, por meio de uma alteração unilateral, reduzir a tarifa do concessionário. Poderia, *e. g.*, até mesmo haver a imposição de uma tarifa social para os usuários de baixa renda. Estas e qualquer outro tipo de alteração contratual, porém, somente podem ocorrer com a condição de que este encargo seja do Estado, e não do concessionário¹². Dessa forma, deve haver a compensação simultânea por esta perda na remuneração, como, dentre outras medidas, retirando obrigações contratuais, prorrogando o prazo da concessão ou até mesmo pelo pagamento de dinheiro ao concessionário.

A alteração da regra econômica que componha a estrutura tarifária enseja, ato contínuo, a revisão de acordo com a regra jurídica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 10 da Lei das Concessões), consoante se reforçará em seguida. Isto porque a rentabilidade do concessionário – representativa da equação econômico-financeira inicialmente pactuada – é estabelecida na época da licitação, correspondendo aos riscos que cada parte houver assumido no decorrer da execução do contrato.

¹⁰ Rodovias auto-sustentadas: o desafio do século XXI. São Paulo: Editora CLA, 2006, p. 183-84.

¹¹ Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Aspectos constitucionais da concessão de serviços públicos. In: MEDAUAR, Odete (coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: RT, 1995, p. 31-33. O autor faz uma diferenciação de *serviço público* do artigo 175 e *atividade econômica* do artigo 173, expondo suas peculiaridades. A atividade econômica, portanto, é aquela passível de exploração pelo particular, sujeita ao regime privado; já o serviço público, de prestação estatal e de possível transferência a particulares por concessão ou permissão, é regido pelo regime publicista.

¹² Esta é a opinião de ROY MARTELANC (*Equilíbrio...*, p. 4-5).

2.1. TIPOS DE RISCOS ECONÔMICOS DOS CONTRATOS

A doutrina administrativista divide os riscos econômicos dos contratos em *ordinários* e *extraordinários*. A doutrina econômica, de forma mais específica, classifica o risco dos contratos em *riscos de assimetria de informação* e *outros riscos*. Nos riscos de assimetria de informação, algumas partes possuem determinadas informações, não disponíveis aos demais, incentivando a prática de estratégias de oportunidade no certame licitatório e na posterior execução do contrato. Isso faz com que o ganho individual deste agente econômico seja aumentado¹³. Neste contexto, estes riscos são divididos em dois subgrupos: os de *hidden information* e *hidden action*¹⁴.

No primeiro caso, os economistas utilizam como exemplo o mercado de carros usados, visto que o vendedor sempre esconderá os problemas do veículo, enquanto que o comprador, por não deter esta informação, precificará este risco e oferecerá um valor inferior ao preço real do veículo em bom estado, estratégia esta que prejudicará, reflexamente, os vendedores destes veículos. Esse custo, no processo licitatório, traduz-se nas diversas exigências de provas de qualificação dos participantes. No segundo subgrupo, há a impossibilidade fática de monitoramento contínuo da plena execução das obrigações de um contrato, induzindo ao *moral hazard* (risco moral), comportamento semelhante no caso dos seguros (o que influi em seu cálculo atuarial). Desta forma, tanto poder concedente como concessionário podem ter comportamentos que impliquem o descumprimento parcial de dispositivos contratuais¹⁵.

Os *outros riscos* apontados pelos economistas dão-se em virtude de eventos políticos, sociais ou econômicos, alheios ao controle das partes signatárias do contrato. Neste caso, podem ser *exógenos* ao contrato, subdivididos em *riscos econômicos*, como modificação do custo dos insumos ou alteração na demanda; *riscos de força maior*, cuja existência de eventos imprevistos altera o projeto inicial; *riscos de variação de taxa de juros ou variações cambiais* de forma extraordinária¹⁶; e, por fim, o *risco político*, relacionado com a atuação dos agentes públicos que reflita direta ou obliquamente na concessão¹⁷.

¹³ Cf. OLIVEIRA, Roberto Guena (coord.). *Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. São Paulo: FIPE/USP, 2001, p. 41.

¹⁴ *Ibid.*, p. 42-43.

¹⁵ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶ Com relação a esse aspecto, ver nota 20 infra.

¹⁷ *Ibid.*, p. 43-47 e 57.

Já os riscos *endógenos* – ligados ao contrato – podem ser classificados como (i) *riscos de construção*, (ii) *riscos de financiabilidade e solvência* (relacionados à *exequibilidade financeira do projeto*, bem como a variação cambial e da taxa de juros), e (iii) *risco regulatório*, existente nas revisões e reajustes dos contratos¹⁸, além de superveniência de normas regulatórias que acarretem novos encargos¹⁹.

Não é despidendo ressaltar que, para todos estes riscos, tanto poder concedente como particular podem se valer de garantias para mitigar ou eliminá-los, ressalvada a hipótese de concessão com base em um *project finance* puro, onde o próprio projeto é a garantia de sua exequibilidade.

Estes *outros riscos* são relacionados com alguns conceitos da doutrina administrativista, o que será relevante para verificar a possibilidade ou não de reequilíbrio da equação econômico-financeira, conforme quadro a seguir²⁰:

<i>Conceituação econômica</i>	<i>Conceituação jurídica</i>	<i>Consequência da alteração</i>
• Riscos econômicos • Riscos de construção • Riscos de financiabilidade (como a variação de taxas de juros e câmbio)	Álea ordinária.	Atribuição dos riscos exclusivamente ao particular (art. 2º, II e III da Lei nº 8.987/95).
• Riscos de variação de juros e câmbio de forma extraordinária • Riscos de força maior	Álea extraordinária (econômica). Aplicação da teoria da imprevisão.	Os riscos podem ser repartidos entre particular e Estado, pois não estão relacionados a nenhuma ação das partes (art. 65, II, d, 8.666/93). Porém, nada impede que seja pactuado de outra forma no contrato, já que não há previsão, na Lei de Concessões, da forma de repartição destes riscos. O Estado pode, v. g., assumir totalmente para si estes riscos.

¹⁸ Um risco regulatório que se verificou recentemente de forma evidente ocorreu no setor de telecomunicações em 2003, com as inúmeras disputas judiciais, entre as operadoras de telefonia e usuários, para se ter respeitado o índice de reajuste tarifário pactuado no contrato (IGP-DI), e não o IPCA, conforme as entidades ligadas aos usuários desejavam aplicar na época. Ao final, o STJ acabou seguindo a decisão da ANATEL, optando pelo respeito aos contratos. Cf. OLIVEIRA, André Rossi de; COUTINHO, Paulo Cesar. Risco regulatório no setor de telecomunicações no Brasil. In: ANUATTI NETO, Francisco; MELLO, Marina Figueira de. (org.). *Regulação da infraestrutura no Brasil: casos didáticos*. São Paulo: Singular, 2008, p. 262-63.

¹⁹ Ibid., p. 47-51.

²⁰ Elaborado com os enquadramentos expostos por OLIVEIRA, Roberto Guena (coord.). *Avaliação...*, p. 53-59 e com subsídios da classificação jurídica de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 264-65. Ressalve-se, no entanto, a questão da teoria da imprevisão, pois a autora entende que os prejuízos devem ser repartidos entre as partes, e não impostos apenas a uma delas (p. 270). Também ressaltamos que os riscos de variação de juros e câmbio devem ser extraordinários para se enquadrarem na teoria da imprevisão, diferenciação esta não destacada no estudo dos economistas.

• Risco político • Risco regulatório	Álea extraordinária (administrativa). Aplicação do fato do príncipe, fato da administração ou alteração unilateral do contrato.	Assunção dos riscos pela Administração Pública (art. 9º, §§ 3º e 4º, 8.987/95, e art. 65, II, d, 8.666/93).
---	---	---

Quadro 1: Riscos econômicos e jurídicos nas concessões e consequências da alteração.

2.2. O “RISCO SOCIAL” DE SE CONCEDER UM SERVIÇO PÚBLICO

Adicionaríamos à álea administrativa um fator que, embora não seja estritamente um *risco* sob a ótica econômica, será assim considerado para dar maior fluidez à argumentação. Há uma consequência que deve ser suportada pelo Estado, logo, por toda a sociedade – e que não pode posteriormente ter seus efeitos revertidos em favor dela de acordo com uma ou outra conjuntura. Trata-se de uma ilação político-econômica assumida pelo Estado na decisão de conceder determinado serviço, a saber, a *capacidade de geração de renda ao investidor da concessão*.

Esta consequência é oriunda da *ciência do caos* estudada pela doutrina de direito e economia. Conforme explica MARK ROW²¹, alguns eventos são sensíveis às condições iniciais. Diante disto, explica que:

Caos aqui não significa desordem, mas que previsões certas sobre que caminho um sistema vai tomar são árduas. A regra inicial comanda as micro-mudanças que nós observamos inicialmente, *mas reviravoltas podem conduzir a resultados longe daqueles originalmente previstos*. (Destacou-se) (Tradução livre do original)

Advém, portanto, com substrato na teoria do caos, o *risco social*, na concessão de determinado serviço público, de que o investidor, ao injetar capital privado, possa auferir lucros superiores ao previsto naquele momento no projeto, mormente em virtude de a concessão ser um investimento amplamente diferido no tempo, atravessando períodos de bonança e de austeridade financeira.

Consoante já exposto, a concessão é a transferência da prestação de um serviço público ao particular, por opção político-econômica. Desta forma, como consequência do *custo de oportunidade* envolvido, abandona-se a possibilidade de o próprio Estado prestar determinada atividade a fim de se otimizar a utilização dos escassos recursos

²¹ *Chaos...*, p. 642.

públicos²². Pode ser também que, em *determinado momento* político-econômico, seja necessário que o poder público dedique-se com mais afinco a outras atividades também imprescindíveis à sociedade, como segurança pública, saúde e educação.

Por conta disto é que as concessões não são eternas e possuem sempre prazo determinado – ainda que extenso²³ – pois se presume que, transcorrido determinado lapso temporal, o Estado terá se desenvolvido economicamente para assumir o serviço público concedido de modo satisfatório, com tarifas mais baratas que as aplicadas pelo particular, podendo lograr até mesmo a sua gratuidade na prestação. Ou, então, o Estado pode, posteriormente, licitar novamente o mesmo objeto e obter novas ofertas em razão de uma melhor conjuntura que a anterior.

Por conseguinte, não há obstáculos para que, por exemplo, o Estado forneça água, luz ou telefone gratuitamente aos seus usuários, como o faz hodiernamente com algumas rodovias e ferrovias. Só que, neste caso, o custeio será por recursos do orçamento, e não pelos usuários que fruem diretamente determinado serviço, o que pode fazer com que o financiamento do serviço seja mais injusto por não individualizar o contribuinte, além de poder acarretar o fenômeno econômico da *tragédia dos comuns* no consumo predatório por todos daqueles recursos que são finitos²⁴. É o dilema trazido por JOSÉ ANDRÉS ROZAS VALDÉS²⁵: no financiamento destes serviços públicos, a comunidade inteira deve patrociná-los ou somente os usuários?

Portanto, dado que a decisão de conceder envolve vantagens e desvantagens à sociedade, a possibilidade de o particular estar auferindo lucro além do estimado inicialmente no projeto é um *risco social* a ser suportado, visto que é oriunda de sua escolha em um investimento passível de todas as áleas ordinárias supramencionadas. Além do mais – é oportuno salientar –, “(...) nem sempre o valor total do contrato é

²² Ver nossa exposição sobre o *custo de oportunidade* em Racionalidade na alocação dos recursos públicos e o princípio da coerência no sistema tributário brasileiro. *Revista Jurídica Tributária*. n. 5. ano 2. abr/jun. 2009, p. 235 e ss.

²³ Cf. ALBUQUERQUE, Demóstenes Tres de. Execução dos contratos de concessão – possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão de serviço público. In: TCU. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2008, p. 370. Com relação ao prazo, o autor ressalta a necessidade de que ele seja longo, a fim de que haja o respeito ao postulado da modicidade tarifária. Ou seja, em tese, quanto maior o prazo da concessão, mais a tarifa será módica ao usuário.

²⁴ Essa é uma ideia exposta por GARRETT HARDIN (The tragedy of commons. *Science*. v. 162. 13. dec. 1968, p. 1243-48) mediante uma metáfora no uso de campos públicos de pastagens por pecuaristas, considerando a atividade individual e egoística dos agentes em explorar ao máximo determinado bem até conduzir à sua exaustão, ainda que não seja a vontade geral da sociedade de que este bem se esgote.

²⁵ Una aproximación a la financiación de autopistas, desde la experiencia española. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 564.

facilmente aferível”²⁶ inicialmente, de maneira que se trata, sempre, de uma *estimativa* próxima, mas não exata, da realidade do investimento.

E, ademais, estas áleas continuarão a ser suportadas em períodos de austeridade financeira sem que seja possível a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Como exemplo, pode haver uma crise econômica que reduza substancialmente o número no transporte de passageiros, ou o volume de tráfego de uma rodovia, sem que dê ensejo a um aumento da tarifa que seja compensatório a estas perdas.

3. ALTERAÇÃO DAS REGRAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS

Em geral, alheia ao âmbito das concessões, a alteração das regras econômicas dá-se, por vezes, por instrumentos jurídicos. Um novel diploma regulando determinada atividade reformula a sistemática econômica aplicada até então. Os Planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor e Real, inseridos por diplomas normativos, alteraram significativamente a política monetária brasileira nas últimas décadas; *e. g.*, o marco regulatório das telecomunicações em 1997 com a Lei Geral de Telecomunicações alterou substancialmente o custo na prestação deste serviço público. Diante disto, em sede de Direito Público²⁷, faz-se mister que a alteração das regras econômicas verifique-se mediante a modificação das regras jurídicas vigentes.

No Brasil, há dois momentos nas concessões de serviços públicos: o primeiro ocorreu na década de noventa, iniciado pelo ex-presidente Itamar Franco e mantido pela política de ajuste fiscal, diminuição e dinamização do setor público do também ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. Eis que, em momento político e econômico incerto, surgiram diversas concessões de serviços públicos, com a expectativa de uma razoável remuneração ao investidor privado para que o atraísse em um momento de insegurança financeira de retorno nos investimentos – resultado de um custo de oportunidade elevado na época. No governo atual do presidente Luís Inácio Lula da Silva – eis o segundo momento, em um contexto de consolidação da estabilidade econômica trazida pelo Plano Real –, as novas concessões apresentam taxas de

²⁶ Cf. ALBUQUERQUE, Demóstenes Tres de. *Execução...*, p. 383.

²⁷ Excluem-se, dessa forma, alterações de regras econômicas em estruturas privadas, como no mercado de capitais.

remunerações menores aos particulares. Isto é consequência de o momento político e econômico representar menor risco de investimento para o capital²⁸.

Esta remuneração é medida pela doutrina como Taxa Interna de Retorno – TIR. Ela é representada por um percentual anual sobre o capital investido no período de um ano – como, *e. g.*, em uma aplicação em fundos de investimento²⁹. É garantia tanto do Estado quanto do particular, e a alteração unilateral desta regra econômica acarreta, automaticamente, a revisão da regra jurídica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato³⁰.

Não à toa, os contratos de concessão e permissão inscrevem o equilíbrio econômico-financeiro como mecanismo primordial do regime jurídico da prestação dos serviços públicos. Mencione-se como exemplo, no capítulo do “regime jurídico da concessão”, o texto da Cláusula 21 do Contrato da Concessionária de Rodovia Presidente Dutra S/A³¹: “constitui princípio fundamental que informa o *regime jurídico da concessão* o equilíbrio econômico e financeiro deste CONTRATO.” (destacou-se)

Logo, os contratos são regidos por esta metodologia, compondo a equação econômico-financeira do contrato de concessão – que é o regime jurídico da concessão. E esta equação é imutável enquanto atendidas as condições contratuais, na dicção do artigo 10 da Lei das Concessões. O respeito à regra jurídica (contrato), portanto, implica automaticamente o respeito à regra econômica (as condições econômicas inicialmente pactuadas). Caso o poder público decida revê-la, por exemplo, deve haver a reformulação na regra jurídica da equação econômico-financeira, conforme já exarado. Com relação ao tema, frisa o economista JOSEF BARAT³² que:

Quanto à segurança dos investidores, sabe-se que a concessão para exploração de serviços públicos baseia-se em contratos de longo prazo, que pressupõem

²⁸ Cf. o histórico mais detalhado, no caso das rodovias concedidas, em ANDRADE, Letícia Queiroz de. A experiência brasileira nas concessões de rodovias. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 259-65.

²⁹ Atualmente, a TIR dos projetos de concessão do Governo Federal tem sido substancialmente reduzida, como, *v. g.*, a do Projeto de concessão para construção e operação do Trem de Alta Velocidade (TAV) que operará entre Campinas – São Paulo – Rio de Janeiro. A previsão editalícia até a presente data da modelagem financeira é que a TIR do projeto seja de 5,7% a. a. e, a do acionista, 9,2% a. a..

³⁰ Assim se manifestou, por exemplo, o Ministro Walton Alencar Rodrigues do Tribunal de Contas da União, no voto de sua relatoria contido no Acórdão nº 393/2002 – Plenário.

³¹ A mesma concepção aparece em outras concessões ocorridas nesta Primeira Etapa de Concessões de Rodovias Federais, como a Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio – CONCER, Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre – CONCEPA, Concessionária Rio-Teresópolis – CRT, Ponte Rio-Niterói (esta última na Cláusula 18).

³² *Concessões e parcerias na infra-estrutura rodoviária: um balanço dos gargalos, dos avanços institucionais e das perspectivas das concessões*. Disponível em: <<http://www.revista.fundap.sp.gov.br/revista8/paginas/8-04-Concessoes.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

estabilidade nas regras do jogo (político, institucional e legal) e garantias de equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Em países mais desenvolvidos, com instituições sólidas, moedas estáveis e elevado poder aquisitivo da população, a preservação dessas condições não tem acarretado maiores problemas. *Em um país como o Brasil, no entanto, pelo histórico de vulnerabilidade da moeda e do câmbio, assim como de instabilidade das regras do jogo, as garantias contratuais e os referenciais de reajuste adquirem importância vital para as concessionárias.* (destacou-se)

Neste sentido, aponta RENATA FARIA SILVA LIMA³³ que as condições inicialmente acordadas são uma garantia do concessionário, mencionando o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que exige a manutenção das “condições efetivas da proposta”. Assim, consigna que essas condições somente serão observadas se mantida a Taxa Interna de Retorno assegurada à concessionária. E como o lucro esperado é medido pela TIR da concessionária (diferente da TIR do projeto ou dos financiadores), a sua alteração representa burla à conservação da regra jurídica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato³⁴.

Também nesta linha, alguns autores³⁵ entendem que o poder de alteração unilateral do contrato não abarcaria as cláusulas financeiras:

Frise-se, contudo, que este poder-dever [de alteração unilateral dos contratos] limita-se às chamadas cláusulas regulamentares do contrato. Não se estende às cláusulas financeiras que, segundo alguns autores, seriam o núcleo essencial da concessão que confere a natureza contratual da avença. *Constitui verdadeiro direito adquirido do concessionário a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro previsto originalmente na avença.* Esta é a garantia sagrada do contratado que não pode ser objeto de mudança discricionária por parte da Administração Pública. (destacou-se)

Iríamos ainda mais longe no desenvolvimento da ideia desses autores. A cláusula econômica, sendo o núcleo essencial do contrato, ao sofrer alteração unilateral pela Administração Pública, deverá encetar a mudança da regra jurídica da equação econômico-financeira. Conforme já exemplificado, nada impede que o Poder Público defina a redução da tarifa (cláusula econômica) de abastecimento de gás natural, desde que reequilibre o contrato como, por exemplo, prorrogando o prazo da concessão³⁶.

³³ *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 215-17.

³⁴ Cf. CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista da AASP* n.107. Ano XXIX. dez. 2009, p. 25 e ss.

³⁵ Cf. ALBUQUERQUE, Demóstenes Tres de. *Execução...*, p. 385.

³⁶ Com relação à possibilidade de prorrogação para este fim, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO, André Castro (org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos.* São Paulo: MP Editora, 2009, p. 51-65.

Ou seja, conforme a alocação dos riscos, a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro inicial é direito adquirido do particular, somente podendo ser alterada em negociação entre as partes. Mas, se houver mudança unilateral nestas regras, a regra jurídica automaticamente deve ser revista. Em suma, não há dúvidas de que a alteração das regras econômicas pelo Poder Público ensejará o restabelecimento da equação, visto que sempre que houver interesse público, poderá haver a alteração unilateral do contrato, mantidas – repise-se – as condições econômico-financeiras inicialmente pactuadas³⁷.

Desta forma, é *conditio sine qua non* o respeito às regras econômicas, pois, caso haja sua modificação, deverá ocorrer, automaticamente, a revisão da regra jurídica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Neste sentido, explica ROY MARTELANC³⁸ que:

(...) exigir que o concessionário assuma mudanças ocasionadas pelo próprio Estado é mudar o regulamento do certame inicial após o contrato assinado. Um investidor privado não pode se colocar como refém do contratante desta maneira. Se for necessário o Estado mudar os termos da concessão, que o faça, *mas que indenize quem espera ter seu investimento remunerado*. (destacou-se)

Com relação à hipótese de que o concessionário assuma todos os riscos, a doutrina econômica rechaça-a por ser contrária ao interesse público, dado que o custo de capital cobrado pela concessionária seria muito maior do que o normal. Ademais, saliente-se que “o custo de capital de serviços públicos, em sociedades de baixo risco regulatório, é o menor das respectivas economias pelo fato de o risco de externalidades ser assumido pelos usuários ou pelo Estado, e não pelas concessionárias.”³⁹

Diante disso, nem o poder concedente pode assumir integralmente o risco, nem o concessionário. A concessão de serviços públicos, pela sua própria natureza, é uma *repartição de riscos*: os riscos econômicos são assumidos pelo particular; já os riscos políticos, pelo Estado e sociedade⁴⁰. Esta segregação de conceito econômico e jurídico

³⁷ Cf. SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro*. 1. ed. 6. tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 146-47.

³⁸ *Equilíbrio...*, p. 3

³⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁰ Ver item 2.1 supra.

do contrato é imprescindível para o respeito à equação econômico-financeira pactuada. Conforme o entendimento de ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL⁴¹:

O contrato pode estar desequilibrado econômica ou financeiramente, sem que surja o *dever jurídico* de ser reequilibrado pela parte beneficiada, e o correspondente *direito* da parte prejudicada a essa recomposição. Esse dever somente existe nos casos em que o desequilíbrio é provocado por um Fato da Administração, um Fato do Príncipe ou um fato incluído na Teoria da Imprevisão. O *conceito jurídico* de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato pressupõe o fato econômico, mas somente aquele juridicamente qualificado como desequilibrador de sua equação inicial, nos termos da legislação vigente. Sem essa qualificação, o desequilíbrio resulta do *risco do negócio*, a que está sujeita a concessionária de acordo com o art. 2º, inciso III, da Lei 8.987/95. (destaques do original)

Por fim, vale apenas observar que, na mudança *bilateral* das regras econômicas, há mútua negociação, razão pela qual não se cabe falar em consequência na alteração do *status quo ante*. Neste caso, as cláusulas econômicas são repactuadas, podendo ou não haver a alteração da regra jurídica do equilíbrio econômico-financeiro. Neste caso, por ser negocial, as partes aparecem em paridade de condições.

4. REFLEXOS NA ALTERAÇÃO INDEVIDA DAS REGRAS ECONÔMICAS

Como observado, mudanças na composição dos riscos e demais regras econômicas sempre acarretarão a alteração das regras jurídicas existentes, e vice-versa. Por consequência, sob este raciocínio, algumas hipóteses de modelagem econômica nas concessões podem ser descartadas.

Neste contexto, não é possível, por exemplo, a *remuneração variável em virtude de critérios de desempenho* do concessionário, já que, pelos motivos expostos, o particular compra o *risco*, e não a prestação do serviço público. Ele vislumbra que seu capital, investido em determinada atividade, renda um percentual proporcional ao risco assumido. A *eficiência* insculpida no conceito de serviço adequado do art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95 deve, dessarte, ser medida por outras formas, e, caso não atendida, o

⁴¹ Parecer quanto à legalidade do Edital de Concorrência nº 001/2008, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que tem por objeto a concessão para exploração do Sistema Rodoviário das BR's 116 e 324, no Estado da Bahia. In: CARVALHO, André Castro. *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 108.

contrato deverá prever penalidades pelo seu descumprimento, mas que não se confunda com o risco econômico assumido.

Remuneração que oscile em função do desempenho deveria, por consequência, variar conforme o risco, o que não é factível em um sistema de concessões de serviços públicos, cujos riscos já são pré-definidos no projeto. E caso o poder concedente compre esse risco, será uma mera *terceirização do serviço público*, onde o particular apenas executará o serviço mediante uma remuneração contratual estipulada⁴². Neste sentido, entende a doutrina que:

(...) na condição de concessionária, executa o serviço em seu próprio nome e por sua conta, assumindo a sua gestão e correndo os riscos normais do empreendimento. Faz jus apenas ao recebimento de tarifa paga pelo usuário, parcela que tem natureza de preço público e é fixada pelo poder concedente (União Federal) conforme o art. 175 da Constituição Federal. Diversamente, na prestação de serviços *a atividade é desenvolvida em nome da tomadora*. (destacou-se)⁴³

Outro exemplo de alteração das regras econômicas no curso do contrato advém com mecanismos de *compensação* ou *desconto tarifário*, aplicado, v.g., em alguns novos editais de concessões rodoviárias⁴⁴. Para tanto, o poder concedente estipula diversos percentuais redutores da tarifa em razão de atraso na entrega de obras previstas no contrato ou cumprimento de outras obrigações.

Trata-se tal medida, deveras, de modificação no curso da execução contratual das regras econômicas (a tarifa) sem a subsequente alteração das regras jurídicas existentes, em razão de um inadimplemento contratual do particular. O inadimplemento é, na verdade, um descumprimento contratual, passível de penalidades, mas que não se confunde com as regras econômicas estabelecidas, pois estas só podem ser alteradas com a respectiva repactuação da equação econômico-financeira.

O artigo 23, VIII, da Lei 8.987/95 estabelece como cláusula essencial do contrato as penalidades às quais se sujeita a concessionária. E, *separadamente*, o inciso IV do mesmo artigo define a cláusula relativa ao preço do serviço e aos critérios para reajuste e revisão tarifária, portanto, dissociado das penalidades a serem impostas pelo

⁴² Faz-se necessário salientar que, apesar de a Lei de Licitações já prever a terceirização do serviço, esta possibilidade adveio com outra roupagem na Lei nº 11.079/04, ao dispor sobre a *concessão administrativa*, e foi duramente criticada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 764-66).

⁴³ Cf. TONIOLO, Giuliano. *Concessões e direitos fundamentais: em busca da eficiência*. Porto Alegre: Entremeios, 2009, p. 71-72.

⁴⁴ Cite-se, como exemplo, os Editais da Rodovia Federal BR 116/324 e da Rodovia Estadual BA 091, ambas situadas no Estado da Bahia.

inadimplemento contratual. Assim, as regras econômicas não se confundem com as penalidades (regras jurídicas diversas da equação econômico-financeira), de sorte que não pode haver a alteração do preço do serviço como forma de penalidade ao concessionário, pois a alteração da remuneração conduz à aplicação de outra regra jurídica que não a das penalidades, que é o equilíbrio econômico-financeiro da equação disposta contratualmente.

Por fim, ressalte-se que, por vezes, não somente a Administração Pública atua no “jogo” econômico da concessão ou permissão, mas também outros órgãos ou Poderes, como o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas. Diante disto, muitas vezes as decisões destes órgãos, alheios à sistemática aplicada pelo poder concedente, não se atém a estas características.

Cite-se, como exemplo, o Acórdão nº 649/2005-TCU-Plenário, no voto do Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, onde há determinações à ANEEL para que “promova a adequação dos contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica já assinados para incluir mecanismos destinados à redução das tarifas em razão de apropriação de ganhos de eficiência empresarial e/ou redução de custos (...)”. Deste modo, nesta decisão o TCU determinou que a ANEEL implantasse mecanismos de redução tarifária nos contratos em curso em razão da diminuição de custos das concessionárias, com base no art. 14, IV, da Lei nº 9.427/96.

Posteriormente, em pedido de reconsideração da ANEEL (Acórdão 457/2007-TCU-Plenário), houve um aditamento no teor desta recomendação para que tal alteração ocorresse “(...) preferencialmente mediante amplo processo de debate e consulta pública junto à sociedade e aos demais interessados, inclusive as próprias contratadas”. Apesar de, ao final, o Tribunal de Contas da União resguardar a função da ANEEL de preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (ao determinar que a alteração não seja unilateralmente, mas por meio de um processo de “negociação” entre os interessados), é possível constatar a atuação ativa desses órgãos administrativos e jurisdicionais na regulação dos serviços públicos.

CONCLUSÃO

As concessões e permissões de serviço público são, na visão dos investidores, oportunidades para se obter remuneração do capital investido em cifras superiores às praticadas em operações financeiras, de modo que os investimentos devem ser analisados como uma atividade econômica. À vista disso, assume-se um determinado risco a fim de que posteriormente esta atividade gere remuneração ao capital investido.

Os riscos são precificados e refletidos nas propostas ofertadas pelos investidores. Alguns são naturalmente suportados pelo particular, pois são oriundos de qualquer atividade econômica. Eis que, por exemplo, um aumento na taxa de juros não pode ser repassado ao Estado, porquanto toda e qualquer atividade econômica está submetida à sua ingerência. A recíproca também é verdadeira: a sua queda, por outro lado, não pode ser invocada em favor do Estado. Igualmente, há riscos que podem ser divididos a ambas as partes, como aqueles totalmente imprevistos ou, conquanto previstos, de consequências incalculáveis.

Deve-se considerar, todavia, que o regime da *prestação* de serviços públicos é, evidentemente, publicista, devendo seguir as regras de direito público. Porém, este regime não se confunde com a atividade de investimento da concessão, gerida por intermédio de uma empresa privada (ou sociedade de economia mista) específica para este fim. Ela, atuando como em qualquer atividade econômica, pode e deve render lucro aos seus acionistas; caso contrário não se trataria de concessão, mas sim de prestação de serviço público por uma empresa pública ou autarquia, e, neste caso, o investimento também seria regido pelo direito público, já que se daria por recursos orçamentários, e não com capital privado.

Da mesma forma, se a atividade der prejuízo em virtude de áleas ordinárias ou do risco do negócio, o investidor não terá qualquer tipo de compensação, pois, como qualquer investimento com risco, não há ganho certo ou garantias contra eventuais perdas em virtude de vicissitudes de ordem macroeconômica.

Em vista disso, o respeito às regras econômicas faz-se necessário, para que haja um ambiente confortável aos investimentos. Alterações nas regras econômicas podem ocorrer via negociação entre as partes, mas não ao talante do poder concedente – a não ser que haja o respectivo e simultâneo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, que é a regra jurídica que assegura o direito já adquirido pelo investidor.

Deve-se também ter em consideração que medidas de alteração nas regras econômicas não podem ser utilizadas como instrumento de penalidade ao concessionário, pois neste caso não haveria a contrapartida da alteração das regras jurídicas do equilíbrio econômico-financeiro. Assim, no regime de concessões de serviços públicos, descontos nas remunerações por eficiência ou desempenho não podem ocorrer sob esta sistemática.

Desta maneira, a alteração unilateral nas regras econômicas sem a respectiva repactuação da equação econômico-financeira (cláusula jurídica que protege o equilíbrio econômico do contrato) é prática que não encontra guarida legal. Faz-se mister concluir que os postulados jurídicos e econômicos das concessões e permissões devem estar harmonizados, e as regras jurídicas e econômicas devem caminhar paralelamente, na mesma direção, não podendo haver conflitos entre elas. Portanto, não podem as normas econômicas sobrepujar as jurídicas, e vice-versa, porque qualquer iniciativa de alteração em uma das regras deverá ensejar a revisão na outra.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Demóstenes Tres. Execução dos contratos de concessão – possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão de serviço público. In: TCU. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2008, p. 353-96.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Aspectos constitucionais da concessão de serviços públicos. In: MEDAUAR, Odete (coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: RT, 1995, p. 23-37.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. A experiência brasileira nas concessões de rodovias. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 254-75.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO, André Castro (org.).

Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 51-65.

BARAT, Josef. *Concessões e parcerias na infra-estrutura rodoviária: um balanço dos gargalos, dos avanços institucionais e das perspectivas das concessões*. Disponível em: <http://www.revista.fundap.sp.gov.br/revista8/paginas/8-04-Concessoes.htm>. Acesso em: 15 dez. 2009.

CARVALHO, André Castro. Racionalidade na alocação dos recursos públicos e o princípio da coerência no sistema tributário brasileiro. *Revista Jurídica Tributária*. n. 5. ano 2. p. 221-57. abr/jun. 2009.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista da AASP* n.107. Ano XXIX. dez. 2009, p. 25-32.

_____. Parecer quanto à legalidade do Edital de Concorrência nº 001/2008, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que tem por objeto a concessão para exploração do Sistema Rodoviário das BR's 116 e 324, no Estado da Bahia. In: CARVALHO, André Castro. *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 97-126.

CONTI, José Mauricio. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HARDIN, Garrett. The tragedy of commons. *Science*. v. 162. 13. dec. 1968, p. 1243-48.

LIMA, Renata Faria Silva. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MARTELANC, Roy. Equilíbrio econômico x equilíbrio financeiro em concessões: um caso de transporte urbano de passageiros. In: *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Santiago, 18-21 oct. 2005. Disponível em: <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20X/documentos/martelan.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2009.

MEDAUAR, Odete. A figura da concessão. In: MEDAUAR, Odete (coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: RT, 1995, p. 11-17.

MENDONÇA DE BARROS, José Roberto. A operacionalização das PPPs visando à melhoria da infra-estrutura brasileira. In: SERASA. *Os caminhos para o crescimento sustentável da economia brasileira: 2º painel macroeconômico Serasa*. São Paulo: Serasa, 2005, p. 81-97.

OLIVEIRA, André Rossi de; COUTINHO, Paulo Cesar. Risco regulatório no setor de telecomunicações no Brasil. In: ANUATTI NETO, Francisco; MELLO, Marina Figueira de. (org.). *Regulação da infraestrutura no Brasil: casos didáticos*. São Paulo: Singular, 2008, p. 257-70.

OLIVEIRA, Roberto Guena (coord.). *Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. São Paulo: FIPE/USP, 2001.

ROE, Mark J. Chaos and Evolution in Law and Economics. *Harvard Law Review*. v. 109. 1995-1996, p. 641-68.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de concessão de serviços públicos: equilíbrio econômico-financeiro*. 1. ed. 6. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

SENNA, Luiz Afonso dos Santos; MICHEL, Fernando Dutra. *Rodovias auto-sustentadas: o desafio do século XXI*. São Paulo: Editora CLA, 2006.

TONIOLO, Giuliano. *Concessões e direitos fundamentais: em busca da eficiência*. Porto Alegre: Entremeios, 2009.

VALDÉS, José Andrés Rozas. Una aproximación a la financiación de autopistas, desde la experiencia española. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 563-610.