

# O regime econômico-financeiro dos contratos de concessão

## *The Economic and Financial Balance of the Concession Agreements*

**Luis Fernando de Freitas Rosa:** Auditor de Controle Externo no Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCMSP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e em Engenharia Civil pela Universidade de Uberaba (Uniube). E-mail: rosa.luisff@gmail.com.

### **Resumo**

A partir de uma análise das disposições constitucionais, legais e contratuais conformadoras do regime econômico-financeiro dos contratos de concessão, levando-se em conta inclusive os setores duplamente regulados no Brasil, constatou-se uma deferência constitucional e legal à modelagem contratual na conformação do regime econômico-financeiro desses instrumentos contratuais. Consequentemente, a eficácia desses contratos está diretamente relacionada com a qualidade da regulação e da governança desses instrumentos e com a capacidade de se conceber sistemas de incentivos eficientes que condicionem econômico e juridicamente a prestação desses contratos ao atendimento das finalidades públicas requeridas com a contratação.

**Palavras-chave:** Regime econômico-financeiro. Regulação contratual. Regulação Discricionária. Contrato de concessão; Contrato de parceria público-privada.

### **Abstract**

Based on an analysis of the constitutional, legal and contractual provisions that conform the economic and financial balance of the concession agreements, even taking into account the doubly regulated sectors in Brazil, was verified a constitutional and legal deference to the regulation by contract in the conformation of the economic and financial balance of these contracts. Consequently, the effectiveness of these contracts is directly related to the quality of the regulation and governance of these instruments and the ability to design efficient incentive systems that economically and legally condition the provision of these contracts to meet the public purposes required with the contract.

**Keywords:** Economic and financial balance. Regulation by contract. Discretionary regulation. Concession agreement. Public-private partnership contract.

## **1. Introdução**

Buscará, neste artigo, analisar as disposições constitucionais, legais e contratuais conformadoras do regime econômico-financeiro dos contratos de concessão<sup>1</sup>, com

Artigo recebido em 28/02/2023 aceito para publicação em 18/08/2023

1 Adotou-se, neste artigo, a distinção apresentada por Gustavo Loureiro (2020b) entre “regime

destaque especial para a distinção existente entre a racionalidade econômica e jurídica dos contratos de concessão (regulados pela Lei Federal nº 8.984/95 e pela Lei Federal nº 11.079/04) e dos contratos administrativos ordinários (regulados pela Lei Federal nº 8.666/93 e pela Lei Federal nº 14.133/21).

Também integrará o escopo deste artigo uma análise sintética sobre a regulação contratual, tanto em relação à conformação do regime econômico-financeiro quanto em relação aos mecanismos de integração *ex post* de lacuna nesses contratos, e sobre a regulação discricionária, adotada em setores duplamente regulados no Brasil, com destaque especial à função integrativa desempenhada pelas agências reguladoras.

Não se investigará todos os aspectos teóricos sobre esses temas em razão da complexidade da matéria e da extensão limitada a esse tipo de publicação. Apesar disso, sempre que possível, serão apresentadas referências bibliográficas complementares para os leitores que tenham interesse em se aprofundar nesses temas.

Em relação à estrutura, este artigo foi dividido em três partes. Na primeira e na segunda foram abordadas as disposições constitucionais e legais aplicáveis ao regime econômico-financeiro dos contratos de concessão. Na terceira parte, foram abordadas a regulação contratual e a regulação discricionária, apresentando, sempre que possível, exemplos concretos ilustrativos do tema analisado. Por fim, foram apresentadas considerações finais sobre as conclusões alcançadas neste artigo.

## 2. Regime econômico-financeiro constitucional

A doutrina administrativista brasileira majoritariamente defende a existência de um fundamento constitucional expresso que assegura a garantia de intangibilidade<sup>2</sup> da equação econômico-financeira dos contratos públicos, o qual se encontra previsto em trecho do inciso XXI do artigo 37 da Constituição de 1988. Parte relevante desses doutrinadores<sup>3</sup> estende também a aplicabilidade dessa garantia aos contratos de concessão com base no mesmo fundamento constitucional.

No entanto, entende-se que a expressão “mantidas as condições efetivas da proposta”, prevista em trecho do inciso XXI do artigo 37 da Constituição de 1988, tem a finalidade de regular os contratos ordinários (contratos comutativos simples) celebrados pela administração pública (obras, serviços, compras e alienações regidos pela Lei Federal nº 8.666/93 e pela Lei Federal nº 14.133/21), cujas características são marcadas pelo curto prazo de prestação, pela racionalidade dos agentes, pela relação jurídica bilateral e pela definição prévia e completa em edital do objeto e das condições de prestação<sup>4</sup>.

---

econômico-financeiro” e “equilíbrio econômico-financeiro”. Segundo o autor (2020b, p. 4): “A primeira expressão, retirada da Lei 4 9.427/1996 (art. 14 e segs.), é neutra e não implica qualquer tomada de posição acerca de normas, conceitos e institutos jurídicos que constroem a economia do contrato. Já a segunda expressão possui uma carga semântica e mesmo normativa que aponta para certas ideias e concepções que serão apresentadas ao longo deste estudo.”

2 Segundo Celso Bandeira de Mello (2012, p. 253): “[n]a teoria do contrato administrativo, a manutenção deste equilíbrio - não sem razão - é aceita como verdadeiro ‘artigo de fé’. Doutrina e jurisprudência brasileiras, em sintonia com o pensamento alienígena, assentaram-se pacificamente em que, neste tipo de avença, o contratado goza de sólida proteção e garantia no que concerne ao ângulo patrimonial do vínculo [...]”.

3 A título exemplificativo cita-se: i) Bandeira de Mello, 1988, p. 29.; ii) Meirelles, 2016, P. 244.; iii) Carvalho Filho, 2017.; iv) Wald, 2007, p. 5.; v) Guimarães, 2012, p. 248-249.; vi) Mazza, 2016.; vii) Figueiredo, 2006, p. 7-10.; viii) Amaral, 2012.; ix) Cella, 2012, p. 92.; x) Andrade, 2015, p.210.; xi) Justen Filho, 2003, p. 390.

4 Segundo Egon Moreira (2019, p. 92): “[...] se trata de contratos bilaterais com reciprocidade de efeitos: Administração e particular; contratante e contratado; credor e devedor; retribuição e encargos. São sinalagmáticos e comutativos. Além disso, são de curto prazo e de desembolso, pois sua receita tem origem

Os contratos de concessão (contratos de delegação), ao contrário dessas contratações ordinárias (contratos comutativos simples regidos pela Lei Federal nº 8.666/93), são marcados pela incompletude e pela complexidade de seus objetos, pela racionalidade limitada dos agentes, pelos múltiplos interesses na relação jurídica (partes contratuais, usuários e partes relacionadas) e pelos prazos extensos de vigência contratual necessários para se amortizar os investimentos vultosos comumente requeridos ainda nas fases iniciais desses contratos e para se remunerar o custo do capital<sup>5</sup>.

Constata-se, assim, a existência de distinções técnicas e jurídicas nítidas entre os contratos comuns, regulados pela legislação geral de licitações e contratações públicas, e os contratos de delegação, regulados pela legislação geral de concessões (Lei Federal nº 8.987/95) e de parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/04)<sup>6</sup>. Nesse sentido, o artigo 3º da Lei Federal nº 11.079/04 reconhece essas distinções e disciplina<sup>7</sup> as legislações aplicáveis aos contratos comuns, aos contratos de concessão e aos contratos de PPPs.

Diante disso, em sentido contrário à posição adotada por parte relevante da doutrina administrativista brasileira e em linha com Letícia Alencar (2019)<sup>8</sup>, Gustavo Loureiro (2020a e 2020b)<sup>9</sup> e Ana Paula Souza (2021)<sup>10</sup>, entende-se que o trecho previsto no

---

no orçamento público. O edital precisa prever exaustivamente o preço e as prestações' o que torna as partes aptas a conhecer os correspondentes fatos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis (afinal, 'imprevisto' é conceito relacional: ele só existe em face do que pode ser 'previsto')". Para mais detalhes sobre o tema, consultar Alencar, 2019, p. 68-72; Loureiro, 2020a, p. 9; Di Pietro, 2015, p. 107.

5 Segundo Egon Moreira (2019, p. 25-26): "Ocorre que a concepção tradicional do equilíbrio econômico-financeiro foi cunhada em contratos razoavelmente singelos - seja devido ao fato de serem pactos de desembolso (pagos pela Administração-contratante), seja devido ao seu curto prazo de execução, seja devido ao fato de que as técnicas de administração financeira e projeções de longo prazo ainda não existiam. [...] Atualmente, a lógica é outra ao se falar em equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos (sobretudo os de longo prazo). O raciocínio é próximo dos investimentos financeiros, com as respectivas avaliações de riscos e projeções de rentabilidade. As técnicas e metodologias são significativamente diversas e muitíssimo mais sofisticadas. Para enfrentar tais desafios, é indispensável conhecer critérios eficientes de alocação de riscos, bem como a racionalidade financeira da Taxa Interna de Retorno - TIR (dentre outros critérios)". Para mais detalhes sobre essas características, consultar Rosa, 2022.

6 Justen Filho (2005) destaca distinções técnicas e jurídicas entre os contratos administrativos comuns, regidos pela lei geral de licitações e contratos, e os contratos de concessão. Segundo o autor, os contratos de concessão atribuem maior liberdade ao contratado para definir os meios necessários para atingir as finalidades requeridas pela Administração, ao passo que atribuem uma parcela maior de riscos ao concessionário quando comparado aos contratos administrativos comuns. Para mais detalhes sobre o tema, consultar também Marques Neto 2002, p. 106-108.

7 Segundo Gustavo Loureiro (2020a, p.13): "Essa 'repartição de competências' bastante precisa (apontando dispositivos específicos aplicáveis) espelha o apartamento antes noticiado, entre o art. 37, XXI, e o art. 175. Por não tratarem essas normas constitucionais do mesmo fenômeno, foram desenvolvidas por leis diferentes".

8 Segundo Letícia Alencar (2019, p. 70-71): "[...] a regra insculpida no art. 37, XXI, da CF/88 não se presta a tutelar os contratos de concessão, mas sim os contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, regidos, essencialmente, pela Lei Federal n 8.666/1993. Isso porque, em vista das particularidades envolvidas nos contratos de concessão, o constituinte optou por dedicar regra específica ao tema (art. 175), o que afasta desta modalidade contratual a incidência do tratamento previsto no art. 37, XXI, da CF/88 - aplicável especificamente às hipóteses de contratação de obras, serviços, compras e alienações".

9 Gustavo Loureiro (2020b, p. 9 e 30), a partir de uma análise hermenêutica da Constituição, conclui que inexistente fundamento constitucional que assegure o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão. Para mais detalhes sobre o tema, consultar também Loureiro, 2020a, p. 9-10.

10 Ana Paula Souza (2021, p. 25), após análise da discussão ocorrida na Assembleia Constituinte para elaboração da redação do inciso XXI do artigo 37 da Constituição, concluiu o seguinte: "Extraí-se dessa análise duas conclusões. Em primeiro lugar, o artigo 37, XXI, da Constituição não abarca a concessão de serviço público da Lei n.º 8987, de 1995, pois no nascedouro dos termos 'mantidas as condições da proposta'

artigo 37, XXI, da Constituição de 1988 não se aplica às concessões de serviços públicos, uma vez que o constituinte dedicou regramento especial aos contratos de concessão no art. 175 da Constituição, por meio do qual se atribuiu à reserva de legislação ordinária<sup>11</sup> a definição de aspectos essenciais<sup>12</sup> aos contratos de concessão, inclusive o tratamento acerca do regime econômico-financeiro desses contratos<sup>13</sup>.

É importante destacar que a redação do artigo 175 da Constituição de 1988 implicou em significativa alteração na forma em que o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão foi abordado nas constituições anteriores, em especial em relação à incolumidade desse regime econômico-financeiro<sup>14</sup>.

A partir da Constituição de 1988, deliberou-se<sup>15</sup> pela não manutenção das expressões “assegurem o equilíbrio econômico e financeiro” ou “justa remuneração do capital”<sup>16</sup> no texto constitucional, conforme se constata da redação do artigo 175 já citado anteriormente neste tópico<sup>17</sup>.

Verifica-se que o constituinte originário, deliberadamente, reservou a disciplina dos conteúdos substantivos (regime jurídico) dos contratos de concessão à legislação ordinária, limitando-se a tratar no texto constitucional apenas o conteúdo material acerca da exigência de licitação na prestação de serviços públicos sob o regime de concessão.

Conclui-se, portanto, que a Constituição de 1988 não disciplina o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão. Essa conclusão, no entanto, não afasta a tutela do tema da legislação ordinária, conforme será analisado na sequência.

### 3. Regime econômico-financeiro legal

está obrigação de pagamento pela Administração Pública, algo incompatível com o regime das concessões. Em segundo lugar, aquela expressão não é o fundamento constitucional do equilíbrio econômico-financeiro nem mesmo em relação aos contratos disciplinados por essa norma, porque seu objetivo é obstar as alterações unilaterais pela Administração Pública contratante em relação a todas as condições da proposta”. 11 Segundo Vera Monteiro (2009, p. 98): “A Constituição apenas se refere a alguns traços de seu regime jurídico como, por exemplo, ao dever de licitar e ao dever de se submeter a controles na sua execução. A referida ausência conceitual não gera insegurança jurídica ao aplicador da norma”.

12 Conforme consta do parágrafo único do art. 175 da Constituição de 1988, destinou-se à reserva de lei os seguintes aspectos das concessões: i) regime das empresas concessionárias; ii) caráter especial do contrato, com destaque especial à prorrogação, às condições de caducidade, à fiscalização e à rescisão da concessão; iii) direitos dos usuários; iv) política tarifária; e v) obrigação de manter serviço adequado.

13 Segundo Letícia Alencar (2019, p. 64-66): “No tocante ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos, a CF/88, diferentemente das suas antecessoras, foi silente. Não há, seja no art. 175, seja em qualquer outra disposição constitucional, qualquer norma que prejudique a incolumidade do equilíbrio econômico-financeiro em tais contratos”. Para mais detalhes sobre o tema, consultar também Ribeiro, 2011.

14 Marcos Nóbrega e Gustavo Loureiro (2021) apresentam pertinente síntese sobre esse tema, para mais detalhes consultar Nóbrega e Loureiro, 2021, p. 17-19.

15 Segundo Letícia Alencar (2019, p. 65): “Inclusive, o próprio Anteprojeto da Constituição Federal, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto Federal nº 91.450/1985, contava com dispositivo que previa, como princípio das concessões de serviços públicos, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 325). Apesar disso, em sua redação final, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte, optou-se pela realização de modificações substanciais desse dispositivo, que culminaram na promulgação da redação do atual art. 175, que nada dispõe, de forma expressa, sobre a incolumidade do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões”. Para mais detalhes sobre o tema, consultar também Loureiro, 2020a, p. 7; Souza, 2021, p. 28.

16 Destaca-se que essas expressões constavam do artigo 160 da Constituição de 1967 e do artigo 167 da Emenda Constitucional nº 01/69.

17 Segundo Gustavo Loureiro (2020a, p. 8-9): “Ao que tudo indica, portanto, o art. 175 da Constituição de 1988, apartando-se de nossa tradição constitucional, não fechou questão: não determinou nem o modelo mais antigo, da justa remuneração, nem aquele introduzido em 1967, do equilíbrio econômico-financeiro. Remeteu a questão, expressamente (reserva de lei estabelecida no seu parágrafo único), ao legislador ordinário”.

Embora o instituto da concessão já fosse adotado há décadas no Brasil, apenas em 1995 foi editada legislação ordinária (Lei Federal nº 8.987/95) de caráter geral com o intuito de disciplinar esse instituto e efetivar as disposições previstas no artigo 175 da Constituição de 1998. Quase uma década depois, em 2004, foi editada norma geral para licitação e contratação de parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/04).

A técnica legislativa utilizada na edição da Lei Federal nº 8.987/95 não buscou regulamentar de forma exaustiva<sup>18</sup> todos os aspectos relevantes do instituto da concessão, mas se limitou a apenas delinear diretrizes gerais aplicáveis à modelagem, à política tarifária, à licitação e à gestão contratual. Entende-se que essa técnica legislativa foi adequada e demonstra deferência do legislador ordinário às legislações setoriais<sup>19</sup>, à regulação por agência e, sobretudo, à regulação contratual, por meio das quais se assegura o detalhamento mais adequado às particularidades e às complexidades de cada projeto concessório<sup>20</sup>.

Inclusive, essa técnica legislativa foi adotada, deliberadamente<sup>21</sup>, na definição do regime econômico-financeiro dos contratos de concessão<sup>22</sup>, conforme se constata da análise do principal mecanismo para aferição do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos previsto no artigo 10 da Lei Federal nº 8.987/95. Segundo esse dispositivo,

18 Flávio Garcia (2017, p. 121-122), ao analisar a Lei Federal nº 8.987/95 e a Lei Federal nº 11.079/04, conclui que a ausência de disciplina exaustiva dessas legislações acerca dos contratos de concessão decorre de “[...] uma opção legislativa que reconhece a natural indeterminação do conceito de equilíbrio econômico-financeiro e as suas múltiplas dimensões e variações que não poderiam ser captadas em normas gerais e abstratas. Equilíbrio econômico-financeiro, desequilíbrios e reequilíbrios são temas tipicamente contratuais, porquanto guardam direta relação com o projeto específico que se pretende implementar, não cabendo soluções uniformes, absolutas ou genéricas. A máxima de que ‘cada caso é um caso’ é a que vale nestas situações”.

19 Nesse sentido, a título exemplificativo, cita-se, na esfera da União, os marcos regulatórios setoriais de energia (Lei Federal nº 9.074/95 e 9.427/96), de telefonia (Lei Federal nº 9.472/97), de portos (Lei Federal nº 12.815/13), de transportes (Lei Federal nº 10.233/01), aeroportuário e aeronáutico (Lei Federal nº 7.565/86 e 11.182/05), entre outros. Para mais detalhes sobre a proliferação de legislações setoriais, consultar Grotii, 2007, p. 12.

20 Segundo Benedicto Neto (1998, p. 39): “Não é comum que os serviços públicos sejam organizados diretamente por lei, mas sim por regulamentos editados com base nela. É que essa matéria acomoda-se mal ao tratamento legislativo, seja por envolver questões técnicas (para as quais o Congresso, com sua composição política, não está preparado), seja pela necessidade de constante adequação da organização dos serviços às necessidades públicas (incompatível com o tempo necessário para alteração legislativa). O Poder Executivo, no exercício da atividade regulamentar, revela-se muito mais preparado para essa tarefa”.

21 Segundo Ana Paula Souza (2021, p. 30-31): “[...] é pertinente notar que o projeto original que deu origem à Lei n.º 8.987, de 1995, trazia a seguinte redação: ‘Os contratos poderão prever mecanismos de revisão periódica, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro originalmente existente’ (artigo 9, caput). Na Câmara dos Deputados, o projeto foi alterado nos seguintes termos: ‘A proposta de revisão das tarifas poderá ser de iniciativa do poder concedente ou da concessionária e terá por objetivo restabelecer o inicial equilíbrio econômico-financeiro’ (artigo 9, §2º). De volta ao Senado, houve alteração da proposta da Câmara e sua substituição pelo texto do projeto original do qual, contudo, foram excluídas as palavras ‘periódica’ e ‘originalmente existente’. Assim, deixou-se de prever ‘a revisão periódica’, passando a constar apenas o termo ‘revisão’. A remoção decorreu da preocupação em não garantir, por lei, o direito à revisão periódica. Ainda, deixou de ser prevista a preservação ‘do equilíbrio econômico-financeiro originalmente existente’ para prescrever apenas a preservação ‘do equilíbrio econômico-financeiro’, daí tendo resultado o texto de lei aprovado e ainda hoje vigente”.

22 Destacam-se outros aspectos relevantes para a conformação da equação econômico-financeira dos contratos de concessão previstos pela Lei Federal nº 8.987/95, tais como: formas de remuneração do concessionário (conforme previsto nos artigos 9º, 13, 11 e 17, por exemplo), prazo da concessão (artigo 23, inciso I), condições de prestação e parâmetro de qualidade do serviço (artigo 23, incisos II e III), direitos e obrigações das partes (artigo 23, inciso V), penalidades (artigo 23, inciso VIII), bens reversíveis (artigo 23, inciso X), entre outros. Em razão do escopo deste estudo, no entanto, esses outros aspectos não serão objeto de análise neste artigo. Para mais detalhes sobre o tema, consultar Ribeiro, 2011; Alencar, 2019, p. 132.

uma vez “[...] atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”<sup>23</sup>.

Segundo Letícia Alencar (2019, p. 74-76), pode-se extrair três conclusões desse dispositivo predito: i) efetivar a garantia do equilíbrio econômico-financeiro em seu aspecto preventivo, por meio de mecanismos e de parâmetros previstos contratualmente<sup>24</sup> (critérios de reajuste e de revisão tarifária, por exemplo); ii) presumir que o contrato se encontra equilibrado quando suas “condições” forem atendidas (a garantia do equilíbrio econômico-financeiro em seu aspecto remediativo requer que se demonstre a materialização de evento superveniente, qualificado juridicamente, que desequilibre o sinalagma constituído inicialmente<sup>25</sup>); iii) impedir que o mero cumprimento de cláusulas contratuais constitua causa apta a autorizar o reequilíbrio contratual<sup>26</sup>.

Constata-se, a partir da disposição prevista no artigo 10 da Lei Federal nº 8.987/95, que o legislador ordinário definiu regra objetiva (“noção formal de equilíbrio econômico-financeiro”<sup>27</sup>) para avaliar o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão<sup>28</sup>.

No entanto, apesar de o critério estabelecido para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão ser objetivo, os parâmetros necessários a essa aferição foram reservados à regulação contratual<sup>29</sup>. Destaca-se, conforme exposto anteriormente, que não se afasta a possibilidade de legislação setorial complementar as disposições gerais previstas na Lei Federal nº 8.987/95, assim como não se afasta a

23 Segundo Maurício Ribeiro (2011): “[...] para os contratos de concessão comum ou PPP: a lei não estabelece qualquer limitação nem exigência em relação à configuração do sistema de recomposição do equilíbrio econômico financeiro; apenas limita-se a enunciar a necessidade de que exista um sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro”.

24 A título exemplificativo, cita-se as disposições previstas no artigo 9º, § 2º, no artigo 18, VIII, e no artigo 23, IV, da Lei Federal nº 8.987/95.

25 A materialização de eventos qualificados como álea extraordinária, quando juridicamente relevantes, poderão ser invocados pelas partes como causa de desequilíbrio. Para mais detalhes sobre o tema, consultar Alencar, 2019, p. 74-75; Heinen, 2021, p. 44.

26 Segundo Letícia Alencar (2019, p. 75-76): “[...] apenas eventos alheios ao contrato podem ser considerados aptos, juridicamente, para ensejar o reequilíbrio do contrato, não podendo o concessionário ou o poder concedente alegar desequilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses em que o contrato confere solução específica”.

27 Segundo Gustavo Loureiro (2020a, p. 15), o artigo 10 da Lei Federal nº 8.987/95 “[...] engendra uma noção formal de equilíbrio econômico-financeiro, por meio da qual reafirma, agora à semelhança da Lei 11.079/2004, a importância do contrato na disciplina o tema (art. 10)”. Letícia Alencar (2019) denomina essa noção formal de equilíbrio econômico-financeiro como justiça substancial objetiva.

28 Segundo Egon Moreira (2010, p. 402-403): “As condições do contrato, como prescreve o artigo 10 da Lei 8987/1995, são o critério-chave para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão dos serviços públicos. [...] Conforme já mencionado, as condições do contrato remetem às circunstâncias institucionais nas quais ele foi celebrado. O estado de coisas que permitiu a elaboração e a concretização daquele específico projeto concessionário (interesse público primário e sua densificação por meio de leis, debates públicos, regulamentos, edital e contrato; fluxos de receitas e custos, taxas de rentabilidade; alocação de riscos etc.)”.

29 Segundo Egon Moreira e Rafaella Guzella (2019, p. 427): “A lei revela o direito ao equilíbrio econômico-financeiro em seus contornos estruturais, restando silente quanto ao seu conteúdo preciso, as práticas e os métodos necessários para dar-lhe corpo e vazão. Daí porque o substrato capaz de revelar o equilíbrio econômico-financeiro aplicável ao caso concreto só será encontrado mediante análise das condições do contrato [...] São as *condições do contrato* o critério-chave para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão”. Para mais detalhes sobre o tema, consultar Monteiro, 2009, p. 174; Freitas, 2017, p. 236; Alencar, 2019, p. 77-78, Loureiro, 2020a, p. 4; Moraes et al., 2004, p. 342.

função integrativa da regulação por agência<sup>30</sup>.

Constata-se, assim, que a noção de equilíbrio econômico-financeiro adotada pela Lei Federal nº 8.987/95 envolve, necessariamente, a compreensão sistemática da metodologia de distribuição de riscos<sup>31</sup>, prevista tanto na própria legislação quanto no contrato. Explica-se.

O concessionário será remunerado (tarifa ou contraprestação do Estado) pela exploração do serviço delegado, precedido ou não de obra, e pelos riscos aos quais se submeteu, em conformidade com as condições do contrato (inclusive a distribuição de riscos estabelecida pela matriz de riscos), sem garantia prévia de que essa remuneração auferida durante a execução do contrato será suficiente para amortizar os investimentos/empréstimos realizados e/ou os custos operacionais incorridos e para remunerar o capital investido. A assunção de riscos, nesse sentido, constitui-se como elemento nuclear do contrato de concessão.

Nessa linha, a metodologia adotada para a distribuição de riscos entre as partes nos contratos de concessão, conforme exposto anteriormente, deve, obrigatoriamente<sup>32</sup>, respeitar a alocação de riscos prevista na legislação (legislação geral e legislação setorial) e, preferencialmente, respeitar as melhores práticas na alocação dos demais riscos no instrumento contratual.

Em relação à alocação de riscos prevista na legislação geral<sup>33</sup>, constata-se que a Lei Federal nº 8.987/95 previu duas hipóteses, cujos riscos foram atribuídos integralmente ao poder concedente e que a regulação contratual se encontra vinculada (impede-se disposição contratual contrária), quais sejam: i) necessidade de se revisar a tarifa no caso de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou de encargos legais após a apresentação da proposta, ressalvados os impostos sobre a renda, conforme artigo 9º, §3º, desse diploma legal; e ii) no caso de alteração unilateral do contrato, há a necessidade de se reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato concomitantemente à alteração, conforme artigo 9º, §4º, desse diploma legal.

Importante, neste ponto, destacar que o artigo 5º, III, da Lei Federal nº 11.079/04 atribuiu à regulação contratual inclusive a repartição de riscos entre as partes nos casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, flexibilizando a primeira hipótese da Lei Federal nº 8.987/95 destacada acima.

Assim, ressalvadas as duas hipóteses previstas no artigo 9º, §§ 3º e 4º, da Lei Federal nº 8.987/95, impera-se as disposições contratuais acerca da distribuição de riscos entre as partes contratantes.

Conclui-se, portanto, que a Lei Federal nº 8.987/95 não disciplinou de forma

30 Conforme exposto mais detalhadamente no item 4.2 deste artigo.

31 Segundo Fernando Guimarães (2019, p. 108-109): “[...] a equação econômico-financeira em contratos de longo prazo forma-se a partir de sua matriz de riscos. A estabilização dos efeitos dessa matriz garante às partes a preservação do conteúdo econômico da avença. [...] Logo, a tutela da equação econômico-financeira do contrato de concessão ou de PPP visa a proteger tão somente a alocação de riscos contratada; ou melhor: o conteúdo econômico da matriz de riscos contratada”. Ainda, conforme previsto no artigo 24, VII, da Resolução 5.950/21 da ANTT: “Art. 24. São cláusulas obrigatórias do contrato de concessão: [...] VII - a alocação de riscos entre as partes;”. Resolução disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-5.950-de-20-de-julho-de-2021-333288662>. Acesso em 22.05.2022. Para mais detalhes sobre o tema, consultar: Ribeiro, 2011.

32 Segundo Letícia Alencar (2019, p. 79): “Nestes casos, em vista dos termos da lei, não haverá espaço para que os contratos de concessão disciplinem sobre essas temáticas de maneira diversa, sendo cabível a invocação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro nos casos em que a materialização de tais eventos ocasionar desequilíbrio na equação econômico-financeira pactuada”.

33 Conforme exposto anteriormente, a alocação de riscos distinta da Lei Federal nº 8.987/95, porventura prevista em legislações setoriais, não integrou o escopo deste estudo.

exaustiva o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão. O legislador ordinário limitou-se, entre outros aspectos, a prescrever regra formal para aferir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, vinculando essa aferição ao atendimento das condições do contrato.

#### 4. Regulação contratual e regulação discricionária

Viana, Souza e Brandão (2016)<sup>34</sup> apresentam os modelos de regulação de infraestrutura comumente mais descritos na literatura, quais sejam: i) regulação discricionária, baseada em custos (*cost-based*), que engloba os regimes de taxa de retorno (*rate of return*) e de custo do serviço (*price cap*); e ii) regulação por contrato, não baseada em custos (*non-cost-based*).

O primeiro modelo de regulação (regulação discricionária<sup>35</sup> baseada em custos<sup>36</sup>) foi adotado no Brasil com maior frequência no período anterior à entrada em vigor da Lei Federal nº 8.987/95, que dispôs sobre o regime de concessão de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição, conforme exposto mais detalhadamente nos itens anteriores deste Capítulo.

O segundo modelo de regulação (regulação por contrato<sup>37</sup> não baseada em custos) não considera os custos incorridos pela concessionária na formação da tarifa. A tarifa, nesse modelo, é fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na legislação, no edital e no contrato, conforme previsto no artigo 9º da Lei Federal nº 8.987/95.

34 Segundo Viana, Souza e Brandão (2016, p. 170/171): “Os modelos de regulação de infraestrutura mais frequentemente descritos na literatura são a regulação discricionária e a regulação por contrato. Em comum, ambos os modelos estabelecem um preço do serviço ajustado anualmente por índice de preços. Já a principal diferença entre eles está na existência de previsão, apenas no primeiro modelo, de revisão tarifária periódica, que é a forma de realinhar o preço do serviço aos custos da empresa regulada. No segundo modelo, não se veem preços e custos quando mantidas as condições do contrato. Por isso, o modelo de regulação discricionária é baseado em custos (*cost-based*), enquanto a regulação por contrato não é baseada em custos (*non-cost-based*). Entre os modelos baseados em custos (*cost-based*), destacam-se os clássicos regimes da taxa de retorno (*rate of return*) e do custo do serviço (*price cap*). O primeiro assegura à empresa uma taxa de retorno especificada sobre os custos efetivamente incorridos (*ex post*) pela empresa, ajustando-se a cada revisão, assim, o preço por ela percebido. Já o segundo estabelece, por ocasião da revisão, o preço a ser praticado com base em custos e taxas de retorno esperados (*ex ante*) pela empresa”. Para mais detalhes sobre a regulação discricionária, ver Gómez-Ibanez, 2006.

35 Segundo Gustavo Gasiola (2014, p. 248): “[...] na regulação discricionária, a conformação da atividade é construída pela atuação unilateral do ente regulador, impondo regras que afetam os agentes econômicos de forma estatutária, em bloco. Em outras palavras, quem quiser atuar ou quem atua no mercado regulado deverá se sujeitar ao controle regulatório existente e às posteriores alterações. Nas últimas duas décadas, esta regulação tem sido delegada da Administração Direta para autarquias de regime especial, chamadas de agências reguladoras ou ‘independentes’”.

36 A título exemplificativo, cita-se o caso da regulação no segmento de distribuição. Segundo informações constantes do sítio eletrônico da própria ANEEL: “A regulação econômica do segmento de distribuição é caracterizada por um regime de regulação pelo preço (*price cap*), conforme Lei nº 9.427/1996. Esse modelo se caracteriza por dois mecanismos distintos de alteração das tarifas: a Revisão Tarifária Periódica - RTP e o Reajuste Tarifário Anual - RTA.”. Para mais detalhes sobre o tema, consultar: <http://www.aneel.gov.br/regulacao-economica-de-distribuicao#:~:text=A%20regula%C3%A7%C3%A3o%20econ%C3%B4mica%20do%20segmento,o%20Reajuste%20Tarif%C3%A1rio%20Anual%20%E2%80%93%20RTA>. Acesso em 22.12.2021.

37 Segundo Gustavo Gasiola (2014, p. 248): “Na regulação contratual, a conformação da atividade pela Administração será feita pelo contrato. Ou seja, no momento anterior ao ingresso do agente econômico no mercado, a entidade reguladora realizará estudos prévios e delineará o quadro regulatório a que o sujeitará. Da relação contratual, composta de correspondentes contraprestações à Administração e ao agente econômico, extrai-se seu (intangível) equilíbrio econômico-financeiro. Quanto à sua concretização, a regulação contratual é instrumentalizada, principalmente, pelos módulos consensuais de concessão”.

A literatura especializada também faz referência a um modelo híbrido<sup>38</sup> que reúne características desses dois modelos supracitados, por meio do qual se define contratualmente diretrizes específicas ao objeto do contrato e normativamente (regulação discricionária) diretrizes gerais, complementares e padronizadas aplicáveis aos contratos regulados por determinada agência reguladora.

Na prática, no entanto, esses modelos teóricos de regulação econômica são localizados de forma conjugada, mesclando características de ambos os modelos. Essa divisão, portanto, não é rígida<sup>39</sup>. Além disso, as descrições apresentadas neste tópico não buscam distinguir detalhadamente esses modelos em razão do escopo deste estudo. Entende-se que apenas a análise concreta dos contornos tarifários adotados poderá distinguir com maior precisão o modelo de regulação aplicado.

Diante disso e em face do escopo deste trabalho restringir-se ao modelo de regulação contratual, passa-se, na sequência, à análise desse modelo de regulação.

#### 4.1 Regulação contratual

Fernando Camacho e Bruno Rodrigues (2014, p. 270) apresentam, de forma sintética, as principais características do modelo de regulação contratual:

A Regulação por Contrato, como o próprio nome indica, procura especificar ex ante em contrato as principais regras que regerão a parceria pública e privada. De partida, são estabelecidos para todo o período do contrato, por exemplo, o preço-teto inicial por serviço e a regra de reajuste anual, investimentos obrigatórios e gatilhos de investimento, o nível mínimo de qualidade a ser atendido, a alocação de riscos entre o público e o privado e as regras para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Constata-se que a regulação dos custos na regulação contratual ocorre antes do início da prestação do serviço. Nesse modelo, os efeitos da competição sobre o valor da tarifa são capturados apenas no momento da licitação, momento no qual as empresas licitantes competem pelo direito de executar o contrato<sup>40</sup>.

Como a pressão competitiva ocorre antes do início da exploração do objeto concedido, há incentivos para que o concessionário reduza custos durante a prestação do serviço em busca de aumentar sua eficiência<sup>41</sup>. Diante disso, o sucesso do empreendimento

38 A título de exemplo, cita-se o primeiro Regulamento das Concessões Rodoviárias (RCR1), consolidado na Resolução nº 5.950/2021, editado pela ANTT para regulamentar os contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária sob sua competência. A ANTT busca, por meio desse regulamento que será elaborado em etapas, modernizar e simplificar procedimentos e parâmetros desatualizados e discrepantes entre contratos e remodelar o marco regulatório do setor na forma de um microssistema normativo, conforme será abordado mais detalhadamente ainda neste capítulo.

39 Segundo Gustavo Gasiola (2014, p. 248): “[...] a divisão não é rígida, pois a regulação contratual não exclui a regulação unilateral. Na verdade, nos setores de infraestrutura elas aparecem muitas vezes conjugadas, uma vez que o contrato ‘não substitui o regulador, mas limita substancialmente a sua discricionariedade’ (Bakovic; Tenenbaum; Woolf, 2003, p. 20, tradução livre)”. Para mais detalhes sobre o tema, consultar Werneck e Machado, 2004, P. 21.

40 Segundo Fernando Camacho e Bruno Rodrigues (2014, p. 271): “[...] a intenção é considerar de início no contrato parâmetros econômicos que resultem de um mercado competitivo. Portanto, é de extrema importância que o leilão seja bem desenhado e que haja concorrência, já que esse processo competitivo será o único momento em que será possível extrair sinais do mercado nesse tipo de regulação”.

41 Além das desvantagens desse modelo de regulação, cita-se também as vantagens na sua utilização, entre as quais se destaca: i) baixo custo regulatório; ii) incentivo ao incremento de eficiência do concessionário; e iii) redução do risco do negócio e, conseqüentemente, redução no custo do capital, em razão da previsão das principais regras do negócio constarem do instrumento contratual (maior previsibilidade).

depende, entre outros fatores, do adequado monitoramento, por parte do poder concedente, dos investimentos previstos no projeto e da qualidade do serviço prestado pelo concessionário<sup>42</sup>.

Apesar da existência desses custos de transação *ex post*, esse modelo de regulação minimiza os custos regulatórios ao definir previamente as principais regras que regerão o pacto, inclusive a definição do regime econômico-financeiro, no próprio instrumento contratual, restringindo a discricionariedade regulatória e mitigando eventuais comportamentos oportunistas *ex post*<sup>43</sup>.

Nesse sentido, apesar do avanço das legislações analisadas no item 3 deste artigo na compreensão da natureza heterogênea e dinâmica dos contratos de concessão, com clara deferência à modelagem contratual na conformação do regime econômico-financeiro desses contratos, constata-se que a própria racionalidade econômica e jurídica desses contratos impossibilita<sup>44</sup> uma atribuição prévia e completa de todos os riscos e incertezas envolvidos na execução desses contratos<sup>45</sup>.

Diante disso, faz-se pertinente, neste momento, analisar duas questões sobre o tema: i) qual o nível de acuidade requerido no levantamento dos riscos peculiares à exploração do serviço? e ii) qual a forma mais adequada para se distribuir esses riscos entre as partes contratantes?

42 Segundo Fernando Camacho e Bruno Rodrigues (2014, p. 272): “A Regulação por Contrato dispõe de instrumentos regulatórios capazes de lidar com esse incentivo perverso. Para os primeiros anos de contrato, geralmente o regulador define investimentos obrigatórios, na medida em que existe maior previsibilidade das condições de mercado em que a firma opera. Para o longo prazo, em que a incerteza é maior, o regulador estabelece gatilhos, que dependem do crescimento da demanda, para investimentos que podem não ser diretamente correlacionados à qualidade do serviço. Além disso, o estabelecimento de parâmetros de desempenho que impactem a remuneração da firma no caso de redução de qualidade do serviço (fator Q) gera os incentivos necessários para que o serviço seja prestado de forma adequada”. Para mais detalhes sobre esse tema, consultar Andrade, 2018, p. 7.

43 Segundo Fernando Camacho e Bruno Rodrigues (2014, p. 273): “Para que essa modalidade tenha sucesso, é fundamental que o contrato seja o mais completo possível, de modo a minimizar os pedidos de renegociação decorrentes da perda do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. De fato, ao haver um pedido de reequilíbrio, perdem-se em parte os benefícios de uma licitação competitiva, em que as empresas têm incentivos para considerar sua eficiência na prestação de serviço no preço da proposta. Assim, a seleção adversa volta a estar presente, já que em muitos casos de reequilíbrio o regulador precisa estimar os custos da firma regulada. Esse problema de assimetria de informações é agravado, pois como nessa regulação não existe a RTP, o regulador tem um menor grau de conhecimento não só das condições econômicas em que a firma opera, mas também de seus custos. Além disso, como os termos previstos no contrato podem agora ser modificados, aumenta-se o risco de oportunismo das partes.

44 Segundo Fernando Guimarães (2019, p. 107): “Esse mapeamento detalhado dos riscos concorre para reduzir a insegurança dos ofertantes, minorando custos de transação e ampliando, por esse Ângulo, a eficiência da contratação. É claro que [...] existem limites de cognoscibilidade, de racionalidade e mesmo de conveniência econômica a calibrar o nível de detalhamento dos riscos (uma vez que, para além de certo nível de detalhamento, e a considerar a natureza e a dimensão do contrato, os estudos de riscos passam a incrementar sobremaneira os custos de transação)”.

45 A partir da obra seminal “*Risk, uncertainty and profit*” publicada em 1921, na qual apresenta uma teoria do lucro, Frank Knight sistematiza a distinção conceitual entre risco e incerteza. Para Frank Knight (1921), o risco é passível de mensuração por meio de uma distribuição de probabilidades elaborada a partir de dados históricos (“incerteza mensurável” ou probabilidade mensurável), enquanto a incerteza não é passível de mensuração a partir de uma distribuição de probabilidades (“incerteza imensurável” ou probabilidade numericamente imensurável). Ao contrário dos riscos que podem ser mensurados previamente, as incertezas são imensuráveis em razão da inexistência de uma prévia distribuição de probabilidades adequada a essa finalidade. Nesse sentido, compreender o futuro como um processo não-ergódico (processo econômico se atualiza no tempo histórico - processo não estacionário) implicaria reconhecer que o futuro não se encontra em um estado de controle estatístico. As incertezas decorrem, portanto, da natureza não-ergódica do mundo, característica essa que torna o futuro incerto. Para mais detalhes sobre esse tema, consultar Davidson, 1991; Davidson, 1991b; Davidson, 1999; Nóbrega e Loureiro, 2020.

Em relação à primeira questão, deve-se destacar a inviabilidade, se não a impossibilidade, de se levantar *ex ante* todos os riscos e todas as contingências possíveis de materialização durante a execução do contrato em razão da existência de custos de transação para se coletar e para se processar informações, da impossibilidade de se quantificar previamente determinados eventos ou contingências supervenientes (inexistência prévia de distribuição de probabilidade adequada a essa finalidade) e da existência de incertezas ambientais e comportamentais<sup>46</sup>.

Essas limitações tornam os contratos de concessão naturalmente incompletos e, portanto, ao lado da matriz de riscos que constitui elemento de estabilidade do pacto<sup>47</sup>, assegura a flexibilidade e a adaptabilidade desses contratos às diferentes circunstâncias e contingências possíveis de materialização durante a execução desses contratos.

Apesar dessa natural incompletude dos contratos de concessão, postergações de determinadas obrigações contratuais, como atribuição de determinado risco ou contingência, devem ser adequadamente analisadas para se evitar futuras renegociações indesejáveis, as quais podem gerar excessivos custos de transação *ex post* e estimular comportamentos oportunistas entre as partes. Há, portanto, uma racionalidade econômica nessa postergação. Frisa-se, no entanto, que se deve postergar decisões apenas em situações não inteiramente cognoscíveis *ex ante* e nos casos em que os custos *ex post* não sejam superiores aos custos *ex ante* em se prever futuras obrigações (há um ponto ótimo a ser alcançado na modelagem e na alocação de riscos nos contratos de concessão)<sup>48</sup>.

Ainda, no caso de situações não inteiramente cognoscíveis *ex ante*, há técnicas de regulação contratual disponíveis para se assegurar certa previsibilidade a determinados eventos que não sejam inteiramente conhecidos *ex ante*, como a previsão de mecanismos de “gatilhos”<sup>49</sup> ou de “bandas”<sup>50</sup> aos instrumentos contratuais.

Em relação à segunda questão, relacionada à forma mais adequada para se distribuir esses riscos entre as partes, deve-se identificar a parte contratual mais apta e eficiente para gerenciar, prevenir ou mitigar de maneira mais econômica os impactos indesejáveis decorrentes de eventual materialização desses riscos ou dessas contingências<sup>51</sup>. Impactos desejáveis ou externalidades positivas do projeto também

46 Para mais detalhes sobre essas características, consultar Rosa, 2022.

47 A previsão de matriz de riscos nos contratos administrativos, apesar de não constituir novidade no ordenamento jurídico, vem se consolidando no direito administrativo a partir da edição de legislações mais recentes. Essa tendência, entre outros objetivos, busca conferir maior racionalidade econômica, previsibilidade e segurança jurídica às contratações públicas. Cita-se, a título exemplificativo, a previsão da repartição objetiva de riscos entre as partes como diretriz das contratações de parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/04) e as inovações trazidas pela nova legislação geral de licitações e contratos administrativos (Lei Federal nº 14.133/21) sobre a previsão de matriz de riscos nos contratos comutativos simples celebrados pelos entes públicos, conforme disposto nos artigos 22, 92, IX, e 103 da Lei Federal nº 14.133/21. Essa última legislação também positivou o conceito de matriz de riscos em seu artigo 6º, XXVII.

48 Segundo Leticia Alencar (2019, p. 80): “[...] os contratos de concessão devem se limitar a alocar entre as partes os riscos previamente conhecidos, mas não eventos situados no campo da incerteza, a álea extraordinária e seus efeitos (autorização para a invocação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro) incidirão justamente em relação aos eventos materializados no curso da execução do contrato e que não tenham sido previamente alocados a nenhuma das partes”.

49 Também chamado de “trigger”, consiste em mecanismo contratual que será acionado a partir do atingimento de determinado percentual ou de determinada demanda de serviço não inteiramente conhecido à época da modelagem do projeto, por exemplo.

50 Consiste em mecanismo contratual por meio do qual se atribui ao concessionário o risco até determinado limite (“banda”), o qual pode ser determinado por percentual ou por valor monetário, por exemplo.

51 Segundo Fernando Guimarães (2019, p. 107): “O princípio fundamental a orientar a partilha de riscos é o princípio da eficiência, que vem acolhido no capítulo de diretrizes da Lei Geral de PPPs (inciso I do

seguem a mesma diretriz. Além disso, a alocação dos riscos do projeto deve fornecer incentivos às partes para adimplir essas obrigações em conformidade com a matriz de riscos estipulada no contrato<sup>52</sup>.

Por fim, os contratos de concessão devem<sup>53</sup> prever os critérios e os procedimentos aplicáveis ao reajuste e à revisão das tarifas, cláusulas essenciais para preservação do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos<sup>54</sup>, a fim de se garantir o adequado cumprimento da matriz de riscos do contrato, de se evitar futuras renegociações indesejáveis e de se garantir a flexibilidade e a adaptabilidade desses contratos frente às contingências supervenientes.

Destaca-se, ainda, a possibilidade de se prever revisões contratuais ordinárias e extraordinárias nos instrumentos contratuais<sup>55</sup>. As revisões ordinárias, se adequadamente modeladas, constituem mecanismos com duplo benefício: incentivam a concessionária a aumentar sua eficiência na exploração do serviço ao mesmo tempo que asseguram o compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários, favorecendo a modicidade tarifária<sup>56</sup>. As revisões extraordinárias, por sua vez, podem ser evocadas

art. 4º). O conteúdo jurídico dessa diretriz tem uma forte interface com a teoria econômica que orienta a distribuição de riscos contratuais, determinando ao gestor a observância de certas regras e premissas econômicas para esse fim. [...] Essa alocação [...] deverá considerar a aptidão de cada parte para melhor gerenciar o risco. Isso significa imputar a responsabilidade de cada risco àquela parte que tem aptidão para se prevenir dos riscos a custos mais baixos do que a outra ou para minorar os prejuízos na hipótese de materialização dos riscos. Se cada risco for alocado àquela parte com melhores condições para exercitar a prevenção do risco ou a contenção de seus prejuízos num cenário de sua materialização, o resultado será a redução do somatório de custos envolvidos na contratação. Essa redução de custos por efeito de uma alocação racional de riscos concorre para a eficiência do contrato”. Para mais detalhes sobre esse tema, consultar Marques Neto, 2016, p. 184; Marques Neto e Loureiro, 2019, p. 148.

52 Nesse sentido, destaca-se o enunciado 28 da I Jornada de Direito Administrativo organizada pelo Conselho da Justiça Federal.

53 Ana Paula Souza (2021, p. 32): “Assim, a Lei n.º 8.987, de 1995, deixou para que o Poder Público, ao estabelecer os termos da minuta do contrato, e para o contratado, ao anuir com os termos da avença, definir como calcular e reequilibrar a equação contratual, devendo a questão ser guiada mais por outras ciências, como economia e finanças, do que pelo Direito. Essa conclusão extrai-se dos artigos 18, VIII, XIV e 23, IV da Lei n.º 8.987, de 1995, que estabelecem que o edital de licitação conterá os critérios de revisão da tarifa e que o contrato prescreverá, além dos critérios, os procedimentos dessa revisão. Disso se depreende que é cláusula essencial do contrato aquela que disciplina os mecanismos de preservação do equilíbrio contratual”. Além dos dispositivos citados pela autora, destaca-se também a disposição do artigo 9º, §2º, da Lei Federal nº 8.987/95. Para mais detalhes sobre esse tema, consultar Guimarães, 2019, p. 110.

54 Segundo Maurício Ribeiro (2011): “O sistema de equilíbrio econômico-financeiro tem basicamente três funções: (a) desestimular a realização de alterações oportunistas pelo governante, exigindo que qualquer alteração seja devidamente compensada; (b) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo; (c) possibilitar a realização de alterações no objeto (quantitativa, v.g. aumento da área em que o serviço é prestado, e qualitativas, mudança nos níveis de serviço etc.) e em outros aspectos do contrato para adequá-lo às necessidades e mudanças conseqüentes da passagem do tempo”.

55 Segundo Maurício Ribeiro (2011): “A aplicação do sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro geralmente é feita utilizando-se dos procedimentos de revisão contratual previstos nos respectivos contratos. Em regra, os contratos de concessão comum ou PPP preveem dois tipos de revisão: as ordinárias, que são periódicas, e as extraordinárias, que ocorrem quando havido algum evento que justifique a revisão fora do cronograma das revisões ordinárias. É conveniente que o contrato de concessão comum ou PPP preveja o procedimento e periodicidade das revisões contratuais”.

56 Segundo Letícia Alencar (2019, p. 147-149): “Entre outros fatos que passam a ser considerados em meio aos critérios utilizados para o reajuste e para a revisão periódica, incluem-se os seguintes: (i) compartilhamento de ganhos de produtividade ou eficiência do concessionário (Fator X); (ii) atendimento, ou não, aos indicadores de qualidade pelo concessionário (Fator Q); (iii) atendimento, ou não, de parâmetros de desempenho, buscando assegurar a equivalência entre os serviços prestados e sua remuneração (Fator D); (iv) não destinação, pelo concessionário, de verbas para as finalidades previamente definidas no contrato; (v) compartilhamento de receitas extraordinárias. A incorporação destes ou de alguns destes critérios em

a qualquer tempo pelas partes sempre que eventual risco alocado a uma das partes se materializar e desequilibrar o contrato em desfavor da outra parte<sup>57</sup>.

Além disso, os contratos de concessão também devem prever modos amigáveis de solução de divergências contratuais<sup>58</sup>, bem como podem prever mecanismos privados de resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato<sup>59</sup>. A previsão desses mecanismos busca assegurar às partes previsibilidade procedimental no caso de surgimento de eventual controvérsia contratual e garantir a flexibilidade e a adaptabilidade desses contratos frente às contingências supervenientes que perturbem o equilíbrio dessas avenças<sup>60</sup>.

Por fim, entende-se como recomendável<sup>61</sup> que os contratos de concessão disponham sobre eventos qualificados como álea extraordinária, seja alocando esse risco diretamente ao poder concedente ou ao concessionário quando possa ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil, seja contratualizando critérios e procedimentos gerais aplicáveis em situações de alterações abruptas e extraordinárias que impactem profunda e significativamente as bases objetivas e as circunstâncias que motivaram as partes a conformar o negócio jurídico<sup>62</sup>, com a finalidade de assegurar às partes previsibilidade procedimental no caso de materialização desses eventos e de evitar futuras renegociações indesejáveis, as quais podem gerar excessivos custos de transação *ex post* e estimular comportamentos oportunistas entre as partes<sup>63</sup>.

fórmulas de reajustes ou revisões periódicas acaba por permitir que a equação econômico-financeira seja, ao longo do tempo, maleável”. Para mais detalhes sobre esse tema, consultar Guimarães, 2019, p. 105.

57 Segundo Maurício Ribeiro (2011): “Mais um exemplo: existem riscos atribuídos no contrato a uma das partes, mas cujos eventos gravosos a eles relacionados afetam adversamente outra parte do contrato. Imagine-se um contrato em que os riscos de caso fortuito e força maior sejam atribuídos ao Poder Concedente, e imagine-se que ocorram eventos de força maior que impeçam, por um período, a cobrança de tarifa pelo parceiro privado. Ora, neste caso, apesar do risco de força maior ser do Poder Concedente, a ocorrência gravosa a ele relacionada (impossibilidade de cobrança de tarifa) afeta diretamente o parceiro privado. Nesse tipo de circunstância, o sistema do equilíbrio econômico-financeiro é utilizado para indenizar ao parceiro privado o prejuízo decorrente do evento de força maior, de modo a cumprir a matriz de riscos contratual. A função, portanto, do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual”.

58 Conforme previsto no artigo 23, XV, da Lei Federal nº 8.987/95.

59 Conforme previsto no artigo 23-A da Lei Federal nº 8.987/95. Destaca-se, ainda, o artigo 11, III, da Lei Federal nº 11.079/04.

60 Segundo Flávio Garcia (2019, p. 118): “Mesmo com a evolução que decorreu da alocação dos riscos ex ante nos contratos de concessão, existem determinados inacabamentos e incompletudes que melhor serão integrados com soluções ex post, que poderão assumir contornos de maior efetividade e eficiência do que estipulações rigidamente fixadas no momento inicial do contrato. Por isso, aproveita aos contratos de concessão a ideia-chave de flexibilidade e capacidade adaptativa ínsita à abordagem relacional. Como já suprasustentado, a regulação do contrato de concessão deve prever mecanismos endocontratuais para lidar com a dinamicidade das contingências do porvir”.

61 Segundo Gustavo Loureiro (2020a, p. 25): “A Administração Pública pode, ao confeccionar o contrato (e seu edital), realizar uma repartição dos riscos da álea econômica extraordinária que seja conforme às conveniências e características dos contratos regidos pela lei geral de licitações. Se isso ocorrer, a álea passará a ser ‘contratual’ e deixará de se submeter ao tratamento legal geral [...]”.

62 Segundo Gustavo Loureiro (2020a, p. 25): “a. A Administração Pública pode, ao confeccionar o contrato (e seu edital), realizar uma repartição dos riscos da álea econômica extraordinária que seja conforme às conveniências e características dos contratos regidos pela lei geral de licitações. Se isso ocorrer, a álea passará a ser ‘contratual’ e deixará de se submeter ao tratamento legal geral (infra). b. Caso não tenha havido alocação da álea econômica extraordinária (o que a torna ‘extracontratual’), ela receberá a disciplina presente no dispositivo de que se cuida, qual seja: seus impactos no contrato deverão ser objeto de negociação das partes, tendo por parâmetro (e limite) o equilíbrio econômico-financeiro original”. Para mais detalhes sobre esse tema, consultar Garcia, 2017, p. 49-50; Costa, 2016, p. 88-89; Jurksaitis, 2019, p. 148.

63 Segundo Gustavo Loureiro (2020a, p. 25): “a. A Administração Pública pode, ao confeccionar o contrato (e seu edital), realizar uma repartição dos riscos da álea econômica extraordinária que seja conforme às

O reconhecimento da previsibilidade das mudanças nos contratos de concessão e a contratualização de procedimentos aplicáveis quando essas mudanças se materializarem, constituem elementos necessários para se assegurar a segurança jurídica requerida nesses contratos.

Relações contratuais que se prolongam no tempo estão inevitavelmente expostas a contingências e a riscos não previstos inicialmente<sup>64</sup>. Diante disso, a previsão antecipada de mecanismos adaptativos e estruturas de governança nos instrumentos contratuais que assegurem ao mesmo tempo a estabilidade e a flexibilidade requeridas à continuidade desse tipo de relação são determinantes para o sucesso do empreendimento<sup>65</sup>. A previsão desses mecanismos possibilita ainda que os contratos incorporem mutabilidades exógenas à relação por meio da sua própria estrutura regulatória.

Diante do exposto, apresenta-se, na sequência, uma análise sintética acerca dos elementos necessários para se definir previamente o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão e os mecanismos de preservação desse equilíbrio no instrumento contratual. Buscou-se, ademais, apresentar exemplos práticos adotados em contratos modelados pelas principais agências reguladoras federais sobre o tema.

#### 4.1.1 Regime econômico-financeiro contratual

Conforme exposto mais detalhadamente nos tópicos anteriores deste capítulo, a Lei Federal nº 8.987/95 atribuiu aos instrumentos contratuais a definição dos contornos<sup>66</sup> do regime econômico-financeiro dos contratos de concessão, limitando-se a prescrever regra formal que vincula a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos ao atendimento das condições contratuais<sup>67</sup>.

Nessa linha, supondo que o contrato preveja matriz de riscos<sup>68</sup> clara com alocação

---

conveniências e características dos contratos regidos pela lei geral de licitações. Se isso ocorrer, a álea passará a ser 'contratual' e deixará de se submeter ao tratamento legal geral (infra). b. Caso não tenha havido alocação da álea econômica extraordinária (o que a torna 'extracontratual'), ela receberá a disciplina presente no dispositivo de que se cuida, qual seja: seus impactos no contrato deverão ser objeto de negociação das partes, tendo por parâmetro (e limite) o equilíbrio econômico-financeiro original". Para mais detalhes sobre esse tema, consultar Garcia, 2017, p. 49-50; Costa, 2016, p. 88-89; Jurksaitis, 2019, p. 148.

64 A título exemplificativo, citam-se as consequências causadas nas relações contratuais pelas medidas adotadas para enfrentamento da pandemia de Covid-19 (evento qualificado como força maior por meio do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, exarado em 15.04.2020 pela Advocacia-Geral da União). Especificamente em relação a contratos de concessão e a contratos de parcerias público-privadas, a redução na atividade econômica e na circulação de pessoas impactou diretamente diversos setores da economia, como o setor elétrico, o setor aeroviário e o setor rodoviário, os quais são estruturados por meio de regulação específica e por meio de contratos de concessão.

65 Egon Moreira (2010, p. 44): "A mutação contratual aqui defendida é via de mão dupla, objetivamente instalada em favor do contrato. Ou melhor: a mutabilidade consensual é aquela que deve ser prestigiada, com foco no projeto concessionário, que permita ao contrato se adaptar às novas circunstâncias e permanecer no tempo."

66 Para mais detalhes sobre essas características, consultar Rosa, 2022.

67 Destacam-se os seguintes aspectos relevantes para a conformação do regime econômico-financeiro dos contratos de concessão previstos pela Lei Federal nº 8.987/95: formas de remuneração do concessionário (conforme previsto nos artigos 9º, 13, 11 e 17, por exemplo), prazo da concessão (artigo 23, inciso I), condições de prestação e parâmetro de qualidade do serviço (artigo 23, incisos II e III), direitos e obrigações das partes (artigo 23, inciso V), penalidades (artigo 23, inciso VIII), bens reversíveis (artigo 23, inciso X), entre outros.

68 Conforme disposto no artigo 10 da Lei Federal nº 8.987/95: "Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro".

69 Destaca-se, ainda, que a noção de equilíbrio econômico-financeiro adotada pela Lei Federal nº 8.987/95 envolve, necessariamente, a compreensão sistemática da metodologia de distribuição de riscos, prevista tanto na própria legislação quanto no contrato.

dos principais riscos envolvidos na prestação do serviço, Maurício Ribeiro (2011) apresenta algumas cláusulas, cuja previsão no contrato busca assegurar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do negócio, entre as quais se destaca: i) cumprida a matriz de riscos do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro; ii) hipóteses em que o concessionário poderá solicitar recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (especialmente no caso de riscos alocados ao poder concedente); iii) atribuição exclusiva à Administração pública do poder de alteração unilateral do contrato e do dever de recompor o equilíbrio do contrato; iv) definição prévia do procedimento para solicitação, análise e decisão dos pedidos de reequilíbrio do contrato; v) definição prévia das formas pelas quais o reequilíbrio poderá ser realizado (alteração no valor da tarifa ou no valor da outorga, supressão ou inclusão de investimentos, alteração do prazo da concessão, indenização, entre outras); vi) definição prévia da vinculação ou não do plano de negócio, nos casos em que esse seja requerido; vii) definição prévia que, nos casos de compensações financeiras, deve-se considerar os impactos efetivos do evento no fluxo de caixa; viii) definição prévia que, nos casos de remarcações financeiras, deve-se utilizar valores de mercado na precificação de investimentos e de custos operacionais; e ix) definição prévia da metodologia adotada no caso de inclusão de novos investimentos.

Na mesma linha, Letícia Alencar (2019, p. 85-86) apresenta as seguintes disposições que, necessariamente, deverão constar dos instrumentos contratuais: i) variáveis que conformam o regime econômico-financeiro do contrato, entre as quais se destaca a forma de remuneração, o prazo contratual, a alocação de riscos entre as partes, os direitos e as obrigações dos contratantes; ii) regras para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao longo de sua execução, entre as quais se destacam cláusulas de reajuste e, se for o caso, de revisão periódica (revisão ordinária e extraordinária); iii) procedimentos consensuais para resolução de controvérsias; e iv) procedimentos e mecanismos aplicáveis à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (procedimentos para solicitar reequilíbrio e mecanismos aptos para recompor o equilíbrio - revisão tarifária, prorrogação de prazo, indenização, entre outros).

Destaca-se, nesse ponto, algumas limitações materiais à regulação contratual: i) no caso dos contratos regulados pela Lei Federal nº 8.987/95, a regulação contratual deverá, necessariamente, alocar os riscos de alteração unilateral do contrato e de alteração ou extinção de quaisquer tributos ou de encargos legais ao poder concedente, por força das disposições legais previstas no artigo 9º, §§ 3º e 4º, da Lei Federal nº 8.987/95<sup>69</sup>; ii) no caso de contratos regulados pela Lei Federal nº 11.079/04, a regulação contratual deverá, necessariamente, alocar os riscos de alteração unilateral do contrato ao poder concedente, podendo dispor acerca das demais hipóteses, conforme previsto no artigo 5º, III, da Lei Federal nº 11.079/04.

Nessa linha, a título exemplificativo, buscou-se analisar como as principais agências reguladoras federais<sup>70</sup> vêm regulando e modelando os contratos de concessão sob suas competências a partir da análise de alguns contratos celebrados em momentos distintos por essas agências.

Inicialmente, analisou-se como esses contratos alocaram previamente os riscos

<sup>70</sup> Ressalva-se a possibilidade de legislações setoriais preverem mais hipóteses de alocação prévia de riscos entre as partes.

<sup>71</sup> Em geral, observa-se que as agências reguladoras estaduais e municipais acompanham e adotam como referência a regulação e a modelagem elaborada pelas agências reguladoras federais. Em razão disso, buscou-se analisar os contratos de concessão modelados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

entre as partes, especialmente em relação às disposições previstas na Lei Federal nº 8.987/95 (alteração unilateral e fato do príncipe) e aos riscos exógenos ao contrato (risco econômico, risco de força maior ou de caso fortuito, risco financeiro, risco ambiental e risco de responsabilidade civil, por exemplo), conforme exposto no Quadro 1.

**Quadro 1 - Distribuição de riscos entre as partes**

Agência Reguladora	Contrato nº	Cláusulas
ANTT	Edital nº 001/2008	<p>19.1 Alocação de Riscos</p> <p>19.1.1 A Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, à exceção dos riscos indicados na subcláusula 19.1.3.</p> <p>19.1.2 A Concessionária é responsável, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (i) <b>volume de tráfego</b> em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente, com exceção do disposto na subcláusula 20.5.4; [...] (xi) aumento do <b>custo de capital</b>, inclusive os resultantes de aumentos das <b>taxas de juros</b>; (xii) variações das <b>taxas de câmbio</b>; [...] (xiv) <b>caso fortuito e força maior</b> que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência; (xv) recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do <b>passivo ambiental</b> relacionado ao Sistema Rodoviário, exceto o passivo que não possa ser ou não pudesse ter sido descoberto ou previsto por aprofundada auditoria ambiental, realizada de acordo com as melhores práticas internacionais; [...] (xxvii) possibilidade de a <b>inflação</b> de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa de Pedágio ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período; [...] (xix) <b>prejuízos causados a terceiros</b>, pela Concessionária ou seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela Concessão. [...] 19.1.3 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...] (iv) <b>caso fortuito ou força maior</b> que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência; (v) <b>alteração, pelo Poder Concedente</b>, dos encargos atribuídos à Concessionária no Contrato, incluindo as obras ou serviços descritos no PER; (vi) criação, alteração ou extinção de quaisquer <b>tributos ou encargos legais</b> após a apresentação da Proposta, exceto os impostos sobre a renda;</p>
ANTT	Edital nº 002/2021	<p>19 Alocação de riscos</p> <p>19.1 Com exceção dos riscos expressamente alocados ao Poder Concedente nos termos da subcláusula 19.2 e em outras disposições contratuais, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: : 19.1.1 volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente, com exceção do disposto na subcláusula</p>

72 Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/9f365606-cdfc-731f-42dd-97f581afd59d>. Acesso em 23.05.2022. O Edital de concessão nº 001/2011 – Parte VII também apresenta cláusulas semelhantes na cláusula 19 do contrato, o qual se encontra disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/2393328/Contrato.pdf/ba874a0f-23e8-9c62-ef21-2124bd5008d7?t=1613694466970>. Acesso em 23.05.2022.

<p style="text-align: center;">ANTT</p>	<p style="text-align: center;"><b>Edital nº 002/2021</b></p>	<p>19.2.5; [...] 19.1.15 aumento do <b>custo de capital</b>, inclusive os resultantes de aumentos das <b>taxas de juros</b>, <u>independentemente da extensão da variação</u>; 19.1.16 <b>variação cambial</b>, <u>independentemente da extensão da variação</u>; [...] 19.1.18 caso fortuito e força maior, desde que o fator gerador seja segurável no Brasil por, no mínimo, duas seguradoras, considerando o prazo de um ano anterior à data da ocorrência, conforme registrado na Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) ou órgão que venha a substituí-la; 19.1.19 recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento dos <b>passivos ambientais</b>, com exceção daqueles especificados na subcláusula 19.2.9, incluindo os existentes no Sistema Rodoviário, gerados em período anterior à Concessão, e os gerados por terceiros cuja ocorrência seja constatada no Sistema Rodoviário, bem como os decorrentes das atividades relativas à Concessão; 19.1.20 possibilidade de a <b>inflação</b> de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da Tarifa de Pedágio ou de outros valores previstos no Contrato para o mesmo período, <u>qualquer que seja a variação</u>; [...] 19.1.22 <b>prejuízos causados a terceiros</b>, pela Concessionária ou seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela Concessão. [...] 19.1.32 <u>Receitas Extraordinárias em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente</u>; 19.1.34 <u>obtenção do financiamento e suas respectivas condições</u>; [...] 19.2 O Poder Concedente é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, observando-se o disposto na subcláusula 20.5.4, (v): [...] 19.2.3 <b>caso fortuito ou força maior, a exemplo dos eventos de guerras nacionais ou internacionais que envolvam diretamente a execução contratual, atos de terrorismo, contaminação nuclear, química ou biológica, salve se decorrentes de atos da Concessionária, embargo comercial de nação estrangeira ou pandemia, desde que o fato gerador não seja segurável no Brasil considerado o prazo de um ano anterior à data da ocorrência por, no mínimo, duas seguradoras, conforme registrado na Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) ou órgão que venha a substituí-la; extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda; [...] 19.2.12 alteração unilateral no PER e no Contrato, por iniciativa do Poder Concedente, por inclusão e modificação de obras e serviços que afetem o equilíbrio econômico-financeiro; [...] 19.2.14 fato do príncipe ou fato da administração que provoque impacto econômico-financeiro no Contrato;</b></p>
---	--	--

ANTT	Edital nº 002/2021	19.2.4 <u>alterações na legislação e regulamentação ou superveniência de jurisprudência vinculante, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda; [...]</u> 19.2.12 <b>alteração unilateral no PER e no Contrato, por iniciativa do Poder Concedente</b> , por inclusão e modificação de obras e serviços que afetem o equilíbrio econômico-financeiro; [...] 19.2.14 <b>fato do príncipe ou fato da administração</b> que provoque impacto econômico-financeiro no Contrato;
------	--------------------	--

ANAC	003/ANAC /2019 (bloco Sudeste) <sup>72</sup>	5.2. Constituem riscos suportados pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, desde que impliquem <u>alteração relevante de custos ou receitas da Concessionária</u> , nos termos do item 6.23 deste contrato: [...] 5.2.2. investimentos não previstos em equipamentos ou obras de infraestrutura decorrentes de nova exigência da ANAC ou regulamentação [...] 5.2.2. investimentos não previstos em equipamentos ou obras de infraestrutura decorrentes de <b>nova exigência da ANAC</b> ou regulamentação pública e legislação brasileiras supervenientes; 5.2.3. impedimento ou redução do processamento de passageiros, aeronaves ou cargas no aeroporto, <u>atribuídos a órgãos públicos, por ação imprevista ou omissão</u> , exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária ou de eventos relacionados ao item 5.5.28; [...] 5.2.7. <u>alteração na legislação tributária</u> que incida sobre receitas tarifárias ou afete os custos de obras ou de prestação de serviços associados às atividades remuneradas pelas Tarifas Aeroportuárias, exceto as mudanças nos Impostos sobre a Renda; 5.2.7.1. para os fins do item 5.2.7., entende-se por alteração na legislação tributária, inclusive, aquelas decorrentes de consolidação de entendimento jurisprudencial de Tribunais Superiores. 5.2.8. ocorrência de eventos de <b>força maior ou caso fortuito</b> , <u>exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras</u> , no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento; [...] 5.4. Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados à presente Concessão. [...] 5.2.12. custos relacionados aos <b>passivos ambientais</b> que tenham origem e não sejam conhecidos até a data de publicação do edital do leilão da concessão; [...] 5.5. Observado o disposto no item 5.4, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária: [...] 5.5.3. <b>não efetivação da demanda projetada</b> ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3; [...]
------	--	---

73 Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/cadccb47-2455-9b75-4d64-6c0a796199ba>. Acesso em 23.05.2022

ANAC	003/ANAC /2019 (bloco Sudeste) <sup>72</sup>	<p>5.5.8. <u>situação geológica do Aeroporto diferente da prevista para a execução das obras</u>, salvo no tocante ao item 5.2.9; 5.5.9. aumento do custo de <b>capital, inclusive</b> os resultantes de aumento das <b>taxas de juros</b>; 5.5.10. variação das <b>taxas de câmbio</b>; 5.5.11. variação da <b>demanda pelos serviços</b> prestados no Aeroporto; [...] 5.5.13. prejuízos a terceiros, causados direta ou indiretamente pela Concessionária ou por qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, em decorrência de obras ou da prestação dos Serviços; [...] 5.5.21. ocorrência de eventos de <b>força maior ou caso fortuito quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras</b>, no mercado brasileiro; [...] 5.5.26. custos incorridos para cumprimento de <b>condicionantes ambientais</b>, inclusive aquelas pré-existentes à assinatura do Contrato, observado o item 5.2.12; [...] 5.7. A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos não alocados expressamente ao Poder Concedente, em especial, a não realização da demanda projetada pela Concessionária, venham a se materializar.</p>
------	--	---

ANTAQ	Leilão nº 01/2018 <sup>75</sup>	<p>13.1 Com exceção das hipóteses previstas neste Contrato, a Arrendatária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados ao Arrendamento, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: [...] 13.1.10 Mudanças no <b>custo de capital</b>, inclusive as resultantes de <b>variações das taxas de juros</b>; 13.1.11 Variação das <b>taxas de câmbio</b>; [...] 13.1.13 <b>Caso fortuito e força maior</b> que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência, em condições normais do mercado de seguros; 13.1.14 Recuperação, remediação e gerenciamento do <b>Passivo Ambiental</b> relacionado ao Arrendamento, com exceção do expressamente assumido pelo Poder Concedente nos termos deste Contrato; 13.1.15 Possibilidade de a <b>inflação</b> de um determinado período ser superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste dos valores previstos no Contrato e em seus Anexos para o mesmo período; [...] 13.1.17 <b>Prejuízos causados a terceiros</b>, pela Arrendatária ou seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pelo Arrendamento; [...] 13.1.19 <b>Não efetivação da demanda projetada</b> por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novos portos organizados ou novas instalações portuárias privadas, dentro ou fora da Área de Influência do Porto Organizado; [...] 13.2 A Arrendatária é igualmente responsável pelos seguintes riscos, mas não será penalizada, nos termos deste Contrato e seus Anexos, nos casos em que tais riscos se materializarem: [...] 13.2.3</p>
-------	---------------------------------	--

<p>ANTAQ</p>	<p><b>Leilão nº 01/2018<sup>75</sup></b></p>	<p><b>Caso fortuito ou força maior</b> que <u>não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil</u> à época de sua ocorrência, em condições normais do mercado de seguros; 13.5 A Arrendatária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar. [...] 13.3 A Arrendatária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados ao Arrendamento, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: [...] 13.3.2 Custos decorrentes da recuperação, remediação, monitoramento e gerenciamento do <b>Passivo Ambiental</b> existente dentro da área do Arrendamento na data de celebração deste Contrato, desde que não conhecido até a Data de Assunção e identificado no laudo ambiental técnico mencionado na Cláusula 12 e que não tenha sido ocasionado pela Arrendatária; 13.3.3 <b>Paralisação das atividades</b> da Arrendatária em razão dos <b>riscos ambientais previstos</b> na Subcláusula 13.3.2, desde que não tenham sido causados pela Arrendatária; [...] 13.3.5 <b>Alteração na legislação tributária</b>, com exceção dos impostos incidentes sobre a renda.</p>
--------------	--	--

Fonte: apresentadas no próprio quadro. Grifos nossos.

No caso específico da alocação de riscos exógenos, constata-se que: i) riscos financeiros (taxa de juros, câmbio, disponibilidade de crédito, inadimplência) foram atribuídos integralmente à concessionária; ii) riscos ambientais foram atribuídos à concessionária, exceto no caso de passivos ambientais não descobertos por auditorias ambientais (ANTT) ou que não sejam conhecidos até a publicação do edital<sup>71</sup> (ANAC);

iii) riscos de responsabilidade civil foram atribuídos integralmente à concessionária;

iii) risco de força maior ou de caso fortuito foram atribuídos à concessionária no caso de existir cobertura por seguro fornecida por instituições seguradoras no mercado brasileiro;

iv) risco econômico (volume de tráfego e demanda<sup>72</sup> pelo produto) foram atribuídos integralmente<sup>73</sup> à concessionária.

Ressalta-se a previsão de cláusula nestes contratos alocando os riscos residuais à concessionária; designa-se por riscos residuais aqueles não explicitamente atribuídos ao poder concedente<sup>74</sup>. Nesse sentido, destaca-se a seguinte cláusula prevista nos contratos elaborados pela ANAC: “A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos não alocados expressamente ao Poder Concedente, em especial, a não realização da demanda projetada pela Concessionária, venham a se materializar”.

Destaca-se, em especial, o maior detalhamento conferido à alocação de riscos no Contrato decorrente do Edital nº 02/2021 - Parte VII, modelado pela ANTT após o reconhecimento da pandemia de Covid-19, especialmente em relação à explícita ausência de limite para variação cambial e de custo de capital e ao detalhamento da sub-cláusula de alocação de riscos decorrentes de eventos de força maior e de caso fortuito, conforme destacado no Quadro 1.

Em relação aos critérios e aos procedimentos aplicáveis ao reajuste e à revisão das tarifas<sup>75</sup>, cláusulas essenciais para preservação do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, conforme requerido pelo artigo 23, IV, da Lei Federal nº 8.987/95, constatou-se que os contratos supracitados:

- Replicam a noção de equilíbrio formal prevista no artigo 10 da Lei Federal nº 8.987/95 e dispõem que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será cabível sempre que autorizada pela legislação e pelas hipóteses previstas nos instrumentos contratuais.
- Demonstram uma tendência na alteração da regulação exclusivamente contratual para uma regulação híbrida, mesclando elementos da regulação contratual com a regulação

71 Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/9f365606-cdfc-731f-42dd-97f581afd59d>. Acesso em 23.05.2022. O Edital de concessão nº 001/2011 – Parte VII também apresenta cláusulas semelhantes na cláusula 19 do contrato, o qual se encontra disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/2393328/Contrato.pdf/ba874a0f-23e8-9c62-ef21-2124bd5008d7?t=1613694466970>. Acesso em 23.05.2022.

Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/cadccb47-2455-9b75-4d64-6c0a796199ba>. Acesso em 23.05.2022.

72 Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/cadccb47-2455-9b75-4d64-6c0a796199ba>. Acesso em 23.05.2022.

73 Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/bloco-sudeste/documentos-relacionados/contrato-assinado/contrato-003-anac-2019.pdf/view>. Acesso em 23.05.2022. Para mais detalhes sobre a modelagem em contratos anteriores, consultar: 1) Edital do Leilão nº 2/2011 (aeroporto de Guarulhos), disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/guarulhos/arquivos/01contrato-de-concessao/contrato-gru/view>; 2) Contrato 002/ANAC/2017 (Aeroporto de Florianópolis), disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/florianopolis/documentos-relacionados/contrato-e-anexos/contrato-florianopolis/view>. Acesso em 23.05.2022.

74 Disponível em: [http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2014/20180405\\_Contrato\\_PAR01.pdf](http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2014/20180405_Contrato_PAR01.pdf). Acesso em 23.05.2022.

75 Semelhante à disposição da ANTAQ.

por agência na definição de critérios e de parâmetros aplicáveis ao pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

• Definem, previamente, os meios pelos quais a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ser implementada no contrato, como alteração no valor da tarifa ou no valor da outorga, supressão ou inclusão de investimentos, alteração do prazo da concessão, indenização, entre outras.

Ainda, destaca-se a inclusão de cláusula de relevância no último contrato celebrado pela ANAC destacado no Quadro 3<sup>76</sup>. Essa cláusula limita pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro a impactos superiores a 1% da receita bruta anual média da Concessão referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.

#### 4.2 Mecanismos de integração de lacunas contratuais

Deve-se, antes de concluir pela existência de lacunas contratuais, interpretar<sup>77</sup> minuciosamente as disposições contratuais com a finalidade de extrair eventual alocação prévia desses riscos entre as partes contratantes<sup>78</sup>. Conforme exposto mais detalhadamente nos tópicos anteriores deste artigo deve-se, preferencialmente, dispor previamente nos instrumentos contratuais sobre a alocação de todos os riscos, cuja cognição e alocação prévia entre as partes sejam viáveis à época da modelagem do projeto, bem como os critérios e os procedimentos aplicáveis no caso de materialização de eventos qualificados como álea extraordinária.

Neste sentido, constata-se que diversos contratos atribuem previamente ao poder concedente os riscos por eventos de força maior e de caso fortuito quando não passíveis de serem objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil, conforme exposto no Quadro 1 do tópico anterior deste artigo. Essas disposições prévias, embora possam gerar controvérsias interpretativas acerca da subsunção de determinado evento a esses institutos, reduzem a imprevisibilidade e os custos de transação nessas relações contratuais, bem como desincentivam comportamentos oportunistas *ex post* entre as partes.

Por exemplo, a partir das matrizes de riscos dos contratos de concessão analisados no Quadro 1 do tópico anterior deste artigo, constatou-se que os riscos por eventos de força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil foram alocados ao poder concedente<sup>79</sup>. Assim, uma vez reconhecida a pandemia de Covid-19

76 Segundo Letícia Alencar (2019, p. 140-141): [...] usualmente, os contratos de concessão costumam alocar ao concessionário o risco de demanda. Por essa razão, independentemente de a receita efetivamente auferida pelo concessionário ser inferior, igual ou superior àquela originalmente esperada por ocasião da contratação, o contrato permanecerá, em qualquer dos cenários, equilibrado, já que a equação econômico-financeira, definidora do equilíbrio contratual, considerou a existência do risco. Sendo assim, em qualquer desses à concessionária.

77 Há exceção no caso de inclusão no escopo do contrato de concessão de novos investimentos, situação na qual se considerará o tráfego real constatado nos anos anteriores da recomposição.

78 Maurício Ribeiro critica essa forma de alocação residual de riscos, visto que atribui ao concessionário todas as incertezas sobre o futuro. Para mais detalhes, consultar <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/mauricio-portugal-ribeiro/-atribuicao-ao-contratado-da-administracao-publica-de-todos-os-riscos-nao-tratados-no-contrato-e-nula-perante-a-lei-8-666-93#:~:text=65%2C%20da%20Lei%208.666%2F93,%2C%20da%20Lei%208.666%2F93>. Acesso em 25.05.2022.

79 Não se reproduziu as cláusulas referentes aos critérios e aos procedimentos aplicáveis ao reajuste e à revisão das tarifas desses contratos neste artigo em razão da extensão limitada a esse tipo de publicação. No entanto, para aqueles que queiram consultá-las, referenciou-se, em notas de rodapé, os sítios eletrônicos de cada contrato para consulta individualizada.

como evento de força maior<sup>80</sup>, a própria alocação de riscos contratual foi suficiente para assegurar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro daqueles contratos.

Há, também, casos em que os próprios contratos remetem a regulação desses critérios e desses procedimentos a normas infralegais editadas pelas agências reguladoras<sup>81</sup> ou pelo poder concedente, como ocorreu na definição dos mecanismos denominados de “fluxo de caixa marginal”<sup>82</sup> e de “fator X”<sup>83</sup>.

Esse modelo de regulação híbrido, no qual as agências reguladoras editam normas infralegais para suprir omissões contratuais ou para integrar lacunas contratuais, ainda que por disposição contratual explícita, é criticado por parcela da doutrina jurídica.

As críticas fundamentam-se na definição extracontratual de critérios conformativos da equação econômico-financeira dos contratos de concessão<sup>84</sup>, uma vez que comprometem a segurança jurídica da relação e propiciam comportamentos oportunistas por parte do poder concedente.

As críticas à definição extracontratual de critérios conformativos da equação econômico-financeira dos contratos de concessão são válidas e devem ser levadas em consideração pelas agências reguladoras, especialmente em relação aos critérios e aos procedimentos aplicáveis para a preservação do equilíbrio desses contratos.

André Farias (2019) aponta também a possibilidade de se prever cláusulas contratuais atribuindo a terceiro independente a competência para a integração dessas lacunas conforme previsto nos contratos de PPPs do metrô de Londres, nos quais revisões

80 Maurício Ribeiro apresenta crítica a essa condicionante. Para mais detalhes, consultar financeiro a impactos superiores a 1% da receita bruta anual média da Concessão referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.

81 Conforme previsto nos artigos 113 e 421-A do Código Civil.

82 Segundo Fernando Guimarães (2019, p. 109): “Evidentemente que o enfrentamento jurídico do problema dependerá de uma análise bastante criteriosa dos termos do contrato, fazendo-se uso de uma interpretação sistemática e teleológica do conteúdo do contrato para concluir-se pela inexistência de regência contratual sobre a questão. Trata-se da prevalência da força do contrato relativamente a critérios sucessivos que possam orientar a elucidação do problema, fruto do valor jurídico do princípio constitucional da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo. Na hipótese, contudo, de ausência de solução contratualmente estabelecida, caberá ao intérprete e ao juiz encontrar critérios secundários a oferecer uma solução à questão que possa estar harmonizada com o regime jurídico dos contratos de longo prazo.”

83 Destaca-se exceção a essa regra no caso do contrato de arrendamento decorrente do Leilão nº 01/2018, no qual o risco pela materialização de eventos de força maior foi alocado apenas à contratada, conforme destacado no Quadro 1 do item 4.1.1 deste artigo. Ademais, segundo Letícia Alencar (2019, p. 201-202): “A título ilustrativo, suponha-se que seja possível ao concessionário contratar, para determinado projeto, apólice de seguro cuja cobertura envolva risco de explosão na infraestrutura concedida. Neste caso, mostra-se factível que o contrato de concessão aloque ao concessionário este risco específico. O efeito prático da medida será a redução do rol de eventos enquadráveis na noção de caso fortuito que poderão ensejar a invocação da garantia do equilíbrio econômico-financeiro para neutralizar seus impactos. Outra situação é aquela em que o contrato de concessão aloca ao concessionário o risco de manifestações sociais ou públicas que afetem, em alguma medida, a execução do contrato por período de tempo certo e determinado. Neste caso, haverá diminuição dos possíveis eventos amoldáveis ao conceito de força maior e que poderão autorizar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Em qualquer uma das situações mencionadas acima, o espectro da noção de álea extraordinária foi reduzido, mas não suprimido, haja vista que as situações especificamente disciplinadas contratualmente não são capazes de eliminar a possibilidade de ocorrência de outros eventos de força maior, a própria alocação de riscos contratual foi suficiente para assegurar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro daqueles contratos.

84 Conforme conclusão do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU: “IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer”.

periódicas são conduzidas por árbitros independentes<sup>85</sup>. Essa técnica de integração *ex post* de lacunas por meio de terceiros pode ser adotada contratualmente, delegando a resolução de eventuais controvérsias a tribunal arbitral ou a dispute board, por exemplo.

No entanto, em situações específicas, pode-se materializar eventos não previamente alocados entre as partes<sup>86</sup> ou alterações imprevisíveis e substanciais nas condições objetivas vigentes à época da formação do vínculo que causem onerosidade excessiva superveniente a uma das partes<sup>87</sup>.

Diante da ausência de alocação prévia e da previsão de critérios e de procedimentos aplicáveis nesses casos<sup>88</sup>, deve-se recorrer a técnicas de integração contratual com a finalidade de assegurar a continuidade desses contratos de longa duração frente às contingências intrínsecas à realidade.

Nessas situações, o princípio da boa-fé objetiva e da de solidariedade social demanda comportamentos cooperativos e solidários entre as partes no preenchimento de lacunas contratuais pela via relacional, colaborando para a continuidade da relação e para a superação de eventuais desequilíbrios contratuais por meio de negociação entre as partes ou por meio de regulação por agência no caso de setores duplamente regulados<sup>89</sup>.

85 Para mais detalhes sobre os setores duplamente regulados ou sobre a função integrativa das agências reguladoras, consultar Garcia, 2014; Garcia, 2019, p. 122-137.

86 A título exemplificativo, cita-se: i) artigo 1º e seguintes da Resolução nº 5.850/19 editada pela ANTT.; ii) artigo 9º e seguintes da Resolução nº 3.220/14 editada pela ANTAQ; e iii) artigo 1º e seguintes da Resolução nº 528/19 editada pela ANAC. Mesmo após a edição dessas normas pelas agências reguladoras, diversos contratos limitaram-se apenas a dispor que novos investimentos inseridos ao escopo do projeto concedido seriam remunerados em conformidade com esses regulamentos ou prescreveram apenas parte dos critérios e dos procedimentos aplicáveis nos instrumentos contratuais. A título exemplificativo, citam-se três redações distintas da cláusula contratual referente ao “fluxo de caixa marginal” previstas em três contratos celebrados em diferentes momentos pela ANTT: i) subcláusula 20.5 do Edital nº 001/2008; ii) subcláusula 20.5 do Edital nº 001/2011 – Parte VII; e iii) subcláusula 20.6 do Edital nº 02/2021 – Parte VII.

87 Segundo Ana Paula Souza (2021, p. 195): “Os contratos que o [fator X] trouxeram foram celebrados em 2013, contudo, até o momento de conclusão deste trabalho, não há norma nem aditivo contratual definindo esses aspectos, pois a questão segue sendo debatida no âmbito da agência reguladora. Nas revisões contratuais mais recentes, a ANTT chegou a calcular o Fator X, mas com base em metodologia considerada como preliminar, que não está amparada em nenhuma norma, legal, infralegal ou contratual. Já a quarta etapa do PROCROFE não contemplou esse mecanismo. De acordo com a agência reguladora, uma das razões para sua exclusão dos contratos mais recentes está no fato de que ‘a indefinição causada pela ausência de uma metodologia razoável para o seu cálculo foi, desde a sua introdução, motivo de incerteza para o setor regulado’”.

88 Segundo Fernando Guimarães (2019, p. 111-114): “Em alguns casos, temos visto editais de licitação que remetem essa definição à regulamentação setorial, o que pode significar a suscetibilidade dos critérios de recomposição à alteração legislativa e normativa. Trata-se, na minha visão, de solução ilícita, pois desloca ao Poder Concedente (ou à agência regulatória competente) a atribuição para definir, subsequentemente à contratação, aspecto fundamental da equação econômico-financeira do contrato administrativo. Há, na solução, relativização do princípio constitucional da intangibilidade da equação econômico-financeira. Cláusulas desta ordem desafiam, ainda, a segurança e estabilidade jurídicas, tão relevantemente desejada e perseguida pelas políticas governamentais para a infraestrutura (mas muitas vezes não alcançada). [...] A mesma crítica referida poderia ser feita em relação à utilização do fluxo de caixa marginal cuja definição da metodologia de cálculo e taxa de desconto o contrato remeteu à regulamentação”. Para mais detalhes sobre esse tema, consultar Alencar, 2019, p. 168; Sundfeld, Souza e Rosilho, 2015, p. 231-235.

89 A previsão de árbitro independente consta do Greater London Authority Act 1999. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/29/part/IV/chapter/VII/crossheading/the-ppp-arbitrer>. Acesso em 28.12.2021. Segundo Unie Caminha e Juliana Cardoso Lima (2014, p. 168-169): “As mudanças de circunstâncias, ou melhor, os riscos da atividade econômica são de ordem econômica (flutuações das taxas de câmbio), política (guerra, golpe de Estado, usurpação) e natural (epidemia e catástrofe natural), estando inseridos no ordenamento pátrio como fatores que impõem às partes a resolução do contrato ou seu adimplemento. Porém, a teoria do contrato incompleto disciplina que o modo mais simples e imediato para revolver a questão da superveniência contratual, consiste na alocação convencional do risco, ou seja, as

periódicas são conduzidas por árbitros independentes<sup>1</sup>. Essa técnica de integração *ex post* de lacunas por meio de terceiros pode ser adotada contratualmente, delegando a resolução de eventuais controvérsias a tribunal arbitral ou a dispute board, por exemplo.

No entanto, em situações específicas, pode-se materializar eventos não previamente alocados entre as partes<sup>2</sup> ou alterações imprevisíveis e substanciais nas condições objetivas vigentes à época da formação do vínculo que causem onerosidade excessiva superveniente a uma das partes<sup>3</sup>.

Diante da ausência de alocação prévia e da previsão de critérios e de procedimentos aplicáveis nesses casos<sup>4</sup>, deve-se recorrer a técnicas de integração contratual com a finalidade de assegurar a continuidade desses contratos de longa duração frente às contingências intrínsecas à realidade.

Nessas situações, o princípio da boa-fé objetiva e da de solidariedade social demanda comportamentos cooperativos e solidários entre as partes no preenchimento de lacunas contratuais pela via relacional, colaborando para a continuidade da relação e para a superação de eventuais desequilíbrios contratuais por meio de negociação entre as partes ou por meio de regulação por agência no caso de setores duplamente regulados<sup>5</sup>

86 Para mais detalhes sobre os setores duplamente regulados ou sobre a função integrativa das agências reguladoras, consultar Garcia, 2014; Garcia, 2019, p. 122-137.

87 A título exemplificativo, cita-se: i) artigo 1º e seguintes da Resolução nº 5.850/19 editada pela ANTT.; ii) artigo 9º e seguintes da Resolução nº 3.220/14 editada pela ANTAQ; e iii) artigo 1º e seguintes da Resolução nº 528/19 editada pela ANAC. Mesmo após a edição dessas normas pelas agências reguladoras, diversos contratos limitaram-se apenas a dispor que novos investimentos inseridos ao escopo do projeto concedido seriam remunerados em conformidade com esses regulamentos ou prescreveram apenas parte dos critérios e dos procedimentos aplicáveis nos instrumentos contratuais. A título exemplificativo, citam-se três redações distintas da cláusula contratual referente ao “fluxo de caixa marginal” previstas em três contratos celebrados em diferentes momentos pela ANTT: i) subcláusula 20.5 do Edital nº 001/2008; ii) subcláusula 20.5 do Edital nº 001/2011 – Parte VII; e iii) subcláusula 20.6 do Edital nº 02/2021 – Parte VII.

88 Segundo Ana Paula Souza (2021, p. 195): “Os contratos que o [fator X] trouxeram foram celebrados em 2013, contudo, até o momento de conclusão deste trabalho, não há norma nem aditivo contratual definindo esses aspectos, pois a questão segue sendo debatida no âmbito da agência reguladora. Nas revisões contratuais mais recentes, a ANTT chegou a calcular o Fator X, mas com base em metodologia considerada como preliminar, que não está amparada em nenhuma norma, legal, infralegal ou contratual. Já a quarta etapa do PROCROFE não contemplou esse mecanismo. De acordo com a agência reguladora, uma das razões para sua exclusão dos contratos mais recentes está no fato de que ‘a indefinição causada pela ausência de uma metodologia razoável para o seu cálculo foi, desde a sua introdução, motivo de incerteza para o setor regulado’”.

89 Segundo Fernando Guimarães (2019, p. 111-114): “Em alguns casos, temos visto editais de licitação que remetem essa definição à regulamentação setorial, o que pode significar a suscetibilidade dos critérios de recomposição à alteração legislativa e normativa. Trata-se, na minha visão, de solução ilícita, pois desloca ao Poder Concedente (ou à agência regulatória competente) a atribuição para definir, subsequentemente à contratação, aspecto fundamental da equação econômico-financeira do contrato administrativo. Há, na solução, relativização do princípio constitucional da intangibilidade da equação econômico-financeira. Cláusulas desta ordem desafiam, ainda, a segurança e estabilidade jurídicas, tão relevantemente desejada e perseguida pelas políticas governamentais para a infraestrutura (mas muitas vezes não alcançada). [...] A mesma crítica referida poderia ser feita em relação à utilização do fluxo de caixa marginal cuja definição da metodologia de cálculo e taxa de desconto o contrato remeteu à regulamentação”. Para mais detalhes sobre esse tema, consultar Alencar, 2019, p. 168; Sundfeld, Souza e Rosilho, 2015, p. 231-235.

90 A previsão de árbitro independente consta do Greater London Authority Act 1999. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/29/part/IV/chapter/VII/crossheading/the-ppp-arbiter>. Acesso em 28.12.2021. Segundo Uinie Caminha e Juliana Cardoso Lima (2014, p. 168-169): “As mudanças de circunstâncias, ou melhor, os riscos da atividade econômica são de ordem econômica (flutuações das taxas de câmbio), política (guerra, golpe de Estado, usurpação) e natural (epidemia e catástrofe natural), estando inseridos no ordenamento pátrio como fatores que impõem às partes a resolução do contrato ou seu adimplemento. Porém, a teoria do contrato incompleto disciplina que o modo mais simples e imediato para revolver a questão da superveniência contratual, consiste na alocação convencional do risco, ou seja, as partes devem ser livres para melhor alocar os riscos, sendo-lhes facultado inserir cláusula que imponha uma

Nesse cenário, a integração deverá observar as disposições legais e contratuais aplicáveis a fim de se construir uma solução mais racional, eficiente, consensual e adequada ao interesse público.

Eventual solução contratual que não acolhesse o núcleo da imprevisão impor a uma das partes o dever de absorver integralmente os impactos excessivamente onerosos impostos pela materialização de eventos extraordinários, os quais não estão sob o controle das partes contratantes.

Portanto, no caso de materialização de evento não alocado previamente entre as partes que perturbe significativamente o equilíbrio econômico-financeiro contratual, a revisão do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro pode ser necessária à continuidade do serviço e à preservação da justiça e da equidade contratual.

#### 5 Considerações finais

A partir de uma análise das disposições constitucionais e legais conformadoras do regime econômico-financeiro dos contratos de concessão, concluiu-se, em sentido contrário à posição majoritária da doutrina brasileira, que o trecho previsto no artigo 37, XXI, da Constituição de 1988 não se aplica às concessões de serviços públicos, uma vez que o constituinte originário dedicou regramento especial aos contratos de concessão no artigo 175 da Constituição de 1988, por meio do qual se atribuiu à reserva de legislação ordinária a definição de aspectos essenciais aos contratos de concessão, inclusive o tratamento acerca do regime econômico-financeiro desses contratos.

Nesse sentido, a legislação geral de concessões (Lei Federal nº 8.987/95) atribuiu ao atendimento das condições contratuais a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos. A legislação sobre parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/04), por sua vez, detalhou ainda mais as condições necessárias aos contratos para assegurar a manutenção do equilíbrio desses contratos. Além disso, há também legislações setoriais esparsas, as quais foram analisadas ou citadas neste artigo sempre que relevantes ao objeto deste estudo.

Apesar do avanço das legislações supracitadas na compreensão da natureza dinâmica dos contratos de concessão, com clara deferência à modelagem contratual na conformação do regime econômico-financeiro desses contratos, constatou-se que a própria racionalidade econômica e jurídica deles impossibilita uma atribuição prévia e completa de todos os riscos e incertezas envolvidos na prestação desses contratos. Relações contratuais que se prolongam no tempo estão inevitavelmente expostas a contingências e a riscos não previstos inicialmente pelas partes.

Eventos extraordinários e extracontratuais, como a pandemia de Covid-19, são caracterizados por uma incerteza extrema, cujos impactos no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão assumem magnitudes distintas a depender do setor econômico de cada negócio e podem afetar negativamente ambas as partes contratantes; sem que, no entanto, nenhuma delas tenha dado causa ao desequilíbrio. Essas situações de extrema incerteza dificilmente são passíveis de previsão ex ante nos instrumentos contratuais, razão pela qual se compreende que contratos complexos e de longa duração, como os contratos de concessão, são naturalmente incompletos. Essa incompletude é atualizada à medida que a execução contratual é materializada.

obrigação de modificação ou de regulamentação contratual, ou que conceda à terceiro o poder de adequação". Por fim, a título exemplificativo, cita-se o arbitramento por terceiros previsto nos artigos 485 e 658 do Código Civil brasileiro. 91 Segundo o Enunciado 175 da III Jornada de Direito Civil: "A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, inseridas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz". Para mais detalhes sobre esse tema, consultar Silva, 2014, p. 41-45.

Constata-se, diante disso, que a eficácia dos contratos de concessão está diretamente relacionada com a qualidade da regulação e da governança desses contratos e com a capacidade de se conceber sistemas de incentivos eficientes que condicionem econômico e juridicamente a prestação desses contratos ao atendimento das finalidades públicas requeridas com a contratação.

. Nesse cenário, a integração deverá observar as disposições legais e contratuais aplicáveis a fim de se construir uma solução mais racional, eficiente, consensual e adequada ao interesse público<sup>6</sup>.

Eventual solução contratual que não acolhesse o núcleo da imprevisão imporá a uma das partes o dever de absorver integralmente os impactos excessivamente onerosos impostos pela materialização de eventos extraordinários<sup>7</sup>, os quais não estão sob o controle das partes contratantes.

Portanto, no caso de materialização de evento não alocado previamente entre as partes que perturbe significativamente o equilíbrio econômico-financeiro contratual, a revisão do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro<sup>8</sup> pode ser necessária à continuidade do serviço e à preservação da justiça e da equidade contratual.

### 5 Considerações finais

A partir de uma análise das disposições constitucionais e legais conformadoras do regime econômico-financeiro dos contratos de concessão, concluiu-se, em sentido contrário à posição majoritária da doutrina brasileira, que o trecho previsto no artigo 37, XXI, da Constituição de 1988 não se aplica às concessões de serviços públicos, uma vez que o constituinte originário dedicou regramento especial aos contratos de concessão no artigo 175 da Constituição de 1988, por meio do qual se atribuiu à reserva de legislação ordinária a definição de aspectos essenciais aos contratos de concessão, inclusive o tratamento acerca do regime econômico-financeiro desses contratos.

Nesse sentido, a legislação geral de concessões (Lei Federal nº 8.987/95) atribuiu ao atendimento das condições contratuais a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos. A legislação sobre parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/04), por sua vez, detalhou ainda mais as condições necessárias aos contratos para assegurar a manutenção do equilíbrio desses contratos. Além disso, há também legislações setoriais esparsas, as quais foram analisadas ou citadas neste artigo sempre que relevantes ao objeto deste estudo.

Apesar do avanço das legislações supracitadas na compreensão da natureza dinâmica dos contratos de concessão, com clara deferência à modelagem contratual na conformação do regime econômico-financeiro desses contratos, constatou-se que a própria racionalidade econômica e jurídica deles impossibilita uma atribuição prévia

92 Segundo o Enunciado 366 da III Jornada de Direito Civil: “O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”.

93 Segundo Uinie Caminha e Juliana Cardoso Lima (2014, p. 167): “Resta evidenciada a distinção entre incompletude súbita e incompletude deliberada, já que nesta última os contraentes são conscientes de que, no ato de conclusão do contrato, uma parcela do seu conteúdo deve ser determinada posteriormente e que a lacuna será preenchida, alternativamente, por um outro acordo, pela determinação de apenas uma das partes, ou pela decisão de um terceiro. Situação diversa da incompletude súbita ou involuntária, em que as partes não tiveram a intenção de deixar lacunas no contrato, preferindo que o contrato incompleto venha disciplinado pelas normas legais (mediante o procedimento de integração ou interpretação). [...] Não é tarefa elementar distinguir quando a incompletude é súbita ou deliberada, o que resulta na dificuldade de rever as cláusulas contratuais”.

e completa de todos os riscos e incertezas envolvidos na prestação desses contratos. Relações contratuais que se prolongam no tempo estão inevitavelmente expostas a contingências e a riscos não previstos inicialmente pelas partes.

Eventos extraordinários e extracontratuais, como a pandemia de Covid-19, são caracterizados por uma incerteza extrema, cujos impactos no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão assumem magnitudes distintas a depender do setor econômico de cada negócio e podem afetar negativamente ambas as partes contratantes; sem que, no entanto, nenhuma delas tenha dado causa ao desequilíbrio. Essas situações de extrema incerteza dificilmente são passíveis de previsão ex ante nos instrumentos contratuais, razão pela qual se compreende que contratos complexos e de longa duração, como os contratos de concessão, são naturalmente incompletos. Essa incompletude é atualizada à medida que a execução contratual é materializada.

Constata-se, diante disso, que a eficácia dos contratos de concessão está diretamente relacionada com a qualidade da regulação e da governança desses contratos e com a capacidade de se conceber sistemas de incentivos eficientes que condicionem econômico e juridicamente a prestação desses contratos ao atendimento das finalidades públicas requeridas com a contratação.

## Referências

ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. **Equilíbrio na concessão**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AMARAL, A. C. Cintra. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.<sup>9</sup>

ANDRADE, Fabiano Meireles. **Pesquisa sobre o impacto na Taxa Interna de Retorno das concessões da fase III da 3ª etapa do Procrofe pela utilização da metodologia do Fator D para reequilíbrio econômico-financeiro pelo atraso nas obras de ampliação de capacidade**. Monografia (Especialização) - Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Centro de Formação de Recursos Humanos em Transportes, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 251–272, jan./abr. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato administrativo: fundamen<sup>10</sup>tos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 21-29, jan./mar., 1988.

94 Destacam-se, nesse sentido, os enunciados 365, 176 e 367 da III Jornada de Direito Civil. Nessa linha, a Resolução nº 5.950/2021, editada pela ANTT para regulamentar os contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária sob sua competência, prevê em seu artigo 25 os seguintes critérios para interpretação contratual: “Art. 25. O contrato de concessão regula-se pelas leis cabíveis, pela regulação da ANTT e pelos preceitos de direito público, sendo aplicável, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as regras gerais de direito privado”.

95 Nesse sentido, destaca-se a iniciativa da ANTT na elaboração do Regulamento das Concessões Rodoviárias para regulamentar os contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária sob sua competência. Nos artigos 3º e 4º da Resolução nº 5.950/21, a ANTT prevê a celebração de termos aditivos aos contratos para adequação deles à regulamentação, bem como reconhece a prevalência das disposições contratuais (quando existirem) sobre as regulamentações da Agência, respectivamente.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?. **Revista do BNDES**, n. 41, jun. 2014.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan./jun. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CELLA, J. R. Gaziero. **Contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

DA COSTA, Andreia Duarte. **Modificações objetivas do contrato de concessão de serviços públicos num cenário de crise**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016.

DAVIDSON, Paul. Inflation, **Open Economics and Resources: The Collected Writings of Paul Davidson**. [S. l.]: Springer, 1991.

DAVIDSON, Paul. Is Probability Theory Relevant for Uncertainty? A Post Keynesian Perspective. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, p. 129–143, 1991b.

DAVIDSON, Paul. **Uncertainty, International Money, Employment and Theory: Volume 3: The Collected Writings of Paul Davidson**. [S. l.]: Springer, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, André L. de A. **Cláusula de relevância em contratos de concessão: Um estudo de caso no setor aeroportuário**. Coletânea de Pós-Graduação [Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura], 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/clausula-de-relevancia-em-contratos-de-concessao-um-estudo-de-caso-no-setor-aeroportuario.htm>. Acesso em: 28 dez.21.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A equação econômico-financeira do contrato de concessão: aspectos pontuais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 7, ago./out. 2006.

FREITAS, Rafael Vêras de. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. **R. de Dir. Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 199-239, abr./jun. 2017.

96 Segundo Egon Moreira (2010, p. 39-40): “Desde sua constituição, o contrato de concessão viverá a constante tensão entre o dever de respeito aos termos negociais versus os riscos e as incertezas fáticas. Concedente e/ou concessionário rígidos e fechados incapazes de se adaptar às novas realidades certamente gerarão a péssima prestação do serviço, com onerosidade para todos os envolvidos (sobretudo os usuários). [...] Assim, e se é bem verdade que o pacta sunt servanda se presta a dar estabilidade à relação contratual (sufocando os arroubos unilaterais), ela não é óbice à adaptação consensual que, dentro da legalidade, traga efetivas vantagens ao contrato, aos serviços prestados e aos usuários. [...] Por isso que o projeto estampado no contrato administrativo não pode ser compreendido como uma sucessão de fases estanques, estáticas e exaustivas, como se o tempo não fosse implacável em seus efeitos. Ao contrário, trata-se de sequência de atos e fatos que merece compreensão dinâmica e integradora, orientada pela finalidade pública a ser atingida naquele específico projeto concessionário.”

97 Segundo Andrea Zanetti (2012, p. 119): “O objetivo do princípio do equilíbrio [...] é realizar e manter o equilíbrio real de direitos e deveres durante toda a dinâmica do contrato, seja para manter o equilíbrio estabelecido no início da tratativa, ou para restaurá-lo, nos casos de onerosidade excessiva; ou, ainda, instaurá-lo quando inexistente, como nas hipóteses de lesão contratual. Nesta visão, o princípio da obrigatoriedade deve se conciliar com a ideia de proporcionalidade e razoabilidade na distribuição de deveres e direitos entre os contratantes.”

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109-124.

GARCIA, Flávio Amaral. A Mutabilidade nos Contratos Concessionais: Aspectos Endocontratuais e Procedimentais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 426-441.

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, 2019.

GASIOLA, G. G. Regulação de infraestrutura por contrato. **Revista Digital De Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 238-256, 2014.

GÓMES-IBANEZ, José A. **Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado de equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 99-117.

HEINEN, Juliano. Riscos e incertezas nos contratos administrativos pressupostos teórico-dogmáticos para o reequilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 29, n. 11, p. 40-56, maio/ago. 2021.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Uma proposta de releitura para o direito ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 01 maio 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 390.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **As origens e os compromissos das figuras do equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviços públicos e da justa remuneração do capital empregado nas atividades de utilidade pública**. Centro de estudos em regulação e infraestrutura, Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: [https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-05/as\\_origens\\_e\\_os\\_compromissos\\_das\\_figuras\\_do\\_equilibrio\\_economico-financeiro\\_na\\_concessao\\_de\\_servicos\\_publicos\\_e\\_da\\_justa\\_remuneracao\\_do\\_capital\\_empregado\\_nas\\_atividades\\_de\\_utilidade\\_publica.pdf](https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-05/as_origens_e_os_compromissos_das_figuras_do_equilibrio_economico-financeiro_na_concessao_de_servicos_publicos_e_da_justa_remuneracao_do_capital_empregado_nas_atividades_de_utilidade_publica.pdf). Acesso em 23 dez.2021.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Imprevisão, equilíbrio econômico-financeiro e fato do príncipe nas concessões de serviços públicos**. 2020a. Disponível em: [https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-05/concessoes\\_e\\_imprevisao.pdf](https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-05/concessoes_e_imprevisao.pdf). Acesso em 11 dez.2021.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Tem mesmo base constitucional o equilíbrio econômico-financeiro das concessões?**: por um modelo flexível do regime econômico das concessões de serviço público. 2020b. Disponível em: < <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/a-constituicao-rotege-o-eef-formatado.pdf>>. Acesso em 11 dez.2021.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher; NÓBREGA, Marcos. Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, out./dez. 2021. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/43485>. Acesso em 18 dez.2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo**, v. 227, jan./mar. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado de equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº11.079/2004**. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella P. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 421-440.

NÓBREGA, Marcos; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica**. 2020.

OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Agências reguladoras: a experiência internacional e a avaliação da proposta de lei geral brasileira**. Brasília: CNI, 2004.

PORTO NETO, Benedicto Pereira. **Concessão de serviço público no regime da lei n. 8.987-95: conceitos e princípios**. São Paulo: Malheiros, 1988.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. 2011. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/>. Acesso em 08.12.2021.

ROSA, Luis F. de F. Contratos incompletos e infraestrutura: uma perspectiva entre direito e economia na análise de contratos complexos e de longo prazo. **Revista Simetria do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**, v. 10, n. 2, p. 188-217, 2022. Disponível em: <https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/153>.

SILVA, Fabiane Tessari. **Alocação de riscos em contratos de concessão comum e de PPPs: do rebus sic stantibus ao pacta sunt servanda?**. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 41-

45, mar./ago. 2014.

SOUZA, Ana Paula P. de. **Mecanismos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões rodoviárias federais**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de São Paulo, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Risco da concessão e sua base de cálculo: receita estimada ou receita real?** In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Pareceres, Vol. II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53-63.45, mar./ago. 2014.

SOUZA, Ana Paula P. de. **Mecanismos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões rodoviárias federais**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de São Paulo, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Risco da concessão e sua base de cálculo: receita estimada ou receita real?** In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Pareceres, Vol. II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53-63. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; ROSILHO, André. As cláusulas de reajuste nos contratos públicos e a segurança jurídica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

VIANA, Felipe Benedito; SOUZA, Henrique Carvalho de; BRANDÃO, Renan. A utilização de plano de negócios como ferramenta de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias. **Revista do BNDES**, n. 46, 2016, p. 163-210.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões: análise das leis nº. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALD, Arnaldo. **O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro**. Revista dos Tribunais, v. 866, p. 11-23, dez. 2007.

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.