

# Análise do Projeto de Lei 1.023/2011 sob a ótica do princípio do equivalente econômico dos contratos administrativos

*Caio Cesar Figueiroa*

---

Bacharelado em Direito, no 5º ano, pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Assessor Jurídico da Law, Tax and Audit Brasil LTDA e Trainee da Bernardo Vidal & Associados.

**RESUMO** - O presente artigo tem por escopo analisar projeto de lei ordinária, de conteúdo nacional, que estipula isenção de tarifa, sem previsão de fontes alternativas de receita, todavia, garantindo o direito de revisão tarifária a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Por vezes, projetos de leis estaduais e municipais caem por terra, cujo objeto e motivação sejam idênticos ao analisado, uma vez que acabam por interferir em matéria de competência da União. Desta vez, a aludida iniciativa oriunda da Câmara dos Deputados tenta eximir do ônus desproporcional que pesa sobre a população dos municípios, onde se instalam as praças de cobrança de pedágio. Nesta hipótese, caso aprovada, trata-se de fato do príncipe que enseja a necessidade de ativação dos mecanismos garantistas do equilíbrio da avença estipulada inicialmente, sob pena de violar o direito subjetivo do concessionário garantido pela própria Constituição. Todavia, há ainda um impasse a se solucionar: até que ponto o Poder Legislativo poderá intervir nas regras de administração de concessão dos serviços públicos.

**PALAVRAS-CHAVE** - Concessão de serviço público; equilíbrio econômico-financeiro; isenção de tarifas; fato do príncipe; competência legislativa; harmonia dos poderes.

## INTRODUÇÃO: CONCESSÕES E O INTERESSE SOCIAL

Nos primórdios do século XXI, infelizmente, o Brasil ainda é um país cuja qualidade de investimentos no setor da infraestrutura tem deixado a desejar, mesmo sendo uma das nações emergentes, onde muitos investidores depositam sua confiança como um Estado apto ao desenvolvimento e que, nada obstante, tem muito a evoluir ainda. A fim de equalizar tamanha carência de alguns setores, foi adotada no país uma política de concessão de serviços públicos, tendo por corolário a exploração dos serviços públicos por parte da iniciativa privada.

Diante de muito inconformismo social e até mesmo político contra a adoção do sistema de concessões, é possível cotejar inúmeros projetos de leis municipais e estaduais que, *pari passu*, tentaram ponderar a isonomia dos usuários com a adequação do serviço prestado e o valor das tarifas cobradas pelos particulares. Todavia, estes projetos encontravam sempre barreiras constitucionais seja por que interferiam na relação contratual com esfera de governo diversa de sua competência<sup>1</sup>, seja por que a própria Constituição assim lhes irrogava óbice de competência. Não havia, portanto, lei de caráter nacional que pudesse realizar a ponderação desejada pela sociedade.

No presente artigo o tema tratado será sobre as concessões de rodovias, mais especificamente de que forma o Projeto de Lei 1.023/2011 poderá interferir nos contratos administrativos de concessão, entre particu-

lares com as mais diversas esferas do governo, bem como a análise das consequências sob a ótica jurídica, na hipótese de sua aprovação.

A proposta é inspirada no Projeto de Lei 3.062/2008, apresentado pela ex-deputada Angela Amin, mulher do atual autor da iniciativa, Deputado Esperidião Amin. Em que pese sua primeira versão ter recebido parecer favorável de todos os relatores nas comissões encarregadas de analisá-lo – Comissões de Viação e Transportes, de Finanças e Tributação e de Constituição e Justiça e de Cidadania – o Projeto de Lei nº 3.062/08 terminou por ser arquivado em virtude do que dispõe o art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. O fato de a CCJC<sup>2</sup> não ter tido tempo hábil de apreciar o parecer do relator, na legislatura passada, não pode condenar matéria tão ínsita ao interesse dos usuários.

Vale trazer ao presente trabalho transcrição *ipsis literis* da motivação da iniciativa:

“Nos últimos anos, a carência de recursos públicos para a realização de investimentos em infraestrutura levou à adoção de uma política de concessão de rodovias à exploração por parte da iniciativa privada, mediante a cobrança de pedágio. Tal movimento, que inclui tanto os trechos rodoviários licitados diretamente pelo órgão competente da União, como aqueles delegados por convênio a Estados e Municípios e, então, repassados à exploração comercial, viabilizou a implementação de melhorias importantes para a nossa malha rodoviária, mas trouxe também inconvenientes que, só com o tempo estão sendo percebidos e corrigidos.

<sup>1</sup> E.g. vale leitura dos seguintes julgados: ADI 3729 – SÃO PAULO: Min. GILMAR MENDES; ADI 2337 MC/SC – SANTA CATARINA; Relator: Min. CELSO DE MELLO; ADI 2299 MC/RS RIO GRANDE DO SUL; Relator: Min. MOREIRA ALVES.

<sup>2</sup> Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Um dos problemas mais comuns diz respeito ao ônus desproporcional que pesa sobre a população dos Municípios onde se instalam as praças de cobrança de pedágio. De fato, essa população é penalizada economicamente em seus deslocamentos diários, para trabalhar, estudar ou fazer compras, realizados muitas vezes no âmbito do território do próprio Município. Indústrias e produtores rurais, empresas que realizam entregas a domicílio ou profissionais que atendem a área rural se vêm às voltas com um aumento, difícil de suportar, de seu custo operacional.

Assim, a simples decisão de localizar uma praça de cobrança de pedágio num determinado Município pode comprometer seriamente a competitividade das atividades econômicas nele localizadas e, por conseguinte, a competitividade do próprio Município. No mundo globalizado em que vivemos, tal situação pode assumir contornos inimagináveis, em termos de estagnação da economia local, redução do número de empregos e evasão populacional.

Para tentar corrigir essa distorção, estamos oferecendo à apreciação da Casa a presente proposta, que visa isentar do pagamento de tarifa de pedágio os veículos cujos proprietários possuam residência permanente ou que exerçam atividades profissionais permanentes no Município em que se localizar a praça de pedágio. Para evitar desvios e mal uso da norma, estamos prevendo que o benefi-

cio da isenção dependa de cadastramento e identificação dos veículos pelo órgão executivo de trânsito com jurisdição no Município onde se localizar a praça de pedágio.

Dessa forma, esperamos estar contribuindo sobremaneira para que a cobrança de pedágio, necessária aos investimentos demandados por nossas rodovias, seja realizada de forma justa e equânime.<sup>3</sup>

O projecto também fora aprovado por todas as principais comissões, dentre elas, a Comissão de Viação e Transportes, Comissão de Finanças e Tributação e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Atualmente, após aprovada a redação final do conjunto normativo, encontra-se sobrestado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados a fim de ser remetido ao Senado Federal para prosseguimento do processo legislativo<sup>4</sup>.

Certamente o projeto é candente ao interesse social daqueles que são afetados pela cobrança do pedágio nos respectivos Municípios que as praças de pedágio se encontram, mas ainda é necessária minuciosa análise sob certos aspectos e consequências jurídicas nos contratos de concessão já existentes, precipuamente em relação ao ônus gerado ao particular, de que modo esta nova obrigação será recebida, quem será o responsável e ainda, quais instrumentos podem ser utilizados a fim de amortizar essa nova relação. Cumpre-nos salientar ainda neste trabalho um dos pontos discutidos pela atual jurisprudência: até que ponto o poder Legislativo pode executar sua função sem exorbitar os poderes

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498347>

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498347>. Consulta realizada no sítio eletrônico em 14/05/2013.

concedidos pela Constituição, em face do Poder Executivo.

### PRETENSÕES DO PROJETO DE LEI 1.023/2011 E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

Nos termos da introdução, em suma, o referido prospecto almeja isentar de pagamento pessoas que comprovem residência permanente ou exerçam atividade profissional permanente no município em que se localiza a praça de cobrança da tarifa. Ademais, acaba criando obrigação acessória aos usuários que gozarão do benefício sendo necessário que o proprietário tenha seu veículo cadastrado, periodicamente, pelo poder concedente e pelo concessionário da rodovia.

Certo é que o projeto de lei em comento, ao isentar veículos da tarifa, atinge a relação jurídica contratual entre poder concedente das mais diversas esferas governamentais (municípios e estados membros, tendo em vista os convênios existentes por força da Lei Federal nº 9.277/96<sup>5</sup>) e as empresas concessionárias. Há, portanto, flagrante alteração das condições efetivas das propostas e, conseqüentemente, choque direto ao equilíbrio econômico-financeiro. Contudo, a proposta esclarece que o concessionário poderá reclamar ao poder concedente a correção os valores tarifários, de sorte a compensar as perdas financeiras advindas da gratuidade imposta por lei.

A Administração Pública por mais que goze de certas prerrogativas, e destas não podendo abrir mão (Indisponibilidade do Interesse Público), também tem seu exercício limitado a certas sujeições, pelo controle da Legalidade. Diante disso, ainda que a Admi-

<sup>5</sup>A lei *in comento* tem em seu preâmbulo a seguinte disposição: *Autoriza a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais.* (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9277.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9277.htm))

nistração tenha a prerrogativa da alteração unilateral dos contratos administrativos, desde que presentes elementos oportunos e convenientes ao ato, ela também, ope legis, deve manter o direito adquirido do particular, qual seja o objeto deste artigo, a equação econômica do contrato, afinal, o particular assim como qualquer empresário almeja o lucro.

### RISCO E RESPONSABILIDADE: FATO DO PRÍNCIPE E TEORIA DA IMPREVISÃO

Nada obstante, se o referido projeto vingar, não podemos nos olvidar dos efeitos jurídicos e suas respectivas conseqüências geradas nos contratos administrativos de concessão, mormente a cláusula de equilíbrio econômico-financeiro. Sendo assim, ainda que expressamente previsto o direito de revisão, vale o estudo sobre a ótica da nova obrigação legal, visto que nem sempre o poder concedente está disposto a assumir a realocação onerosa destes eventos imprevisíveis, o que a doutrina denomina de áleas.

A doutrina administrativa num todo classifica tais eventos em três diversificados grupos: álea ordinária, em que o particular deve assumir os riscos do negócio<sup>6</sup>; álea extraordinária administrativa, em que o poder concedente assume *in totum* estes riscos, visto que o desequilíbrio contratual surgiu em decorrência de ato da própria administração, ainda que de esfera governamental diversa; álea extraordinária econômica, casos em que os riscos podem ser realocados por disposição contratual, ou até mesmo divididos<sup>7</sup>, visto que

<sup>6</sup> Assim dispõe claramente o art. 2.º da Lei de concessões em seus incisos II e III ao especificar que os particulares contratados firmarão negócio "por sua conta e risco".

<sup>7</sup> Neste entendimento da repartição dos prejuízos, encontra-se Maria Sylvania Zanella Di Pietro. In: *Direito Administrativo*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 264-65.

se tratam de fatos imprevisíveis para ambas as partes<sup>8</sup>, mas que da mesma forma, acaba por onerar a execução contratual.

O fenômeno jurídico analisado, pressupondo a hipótese de aprovação do projeto, é nomeado pela doutrina francesa como *Le Fait du Prince* (fato do príncipe). Trata-se de evento de álea extraordinária administrativa composta por atos jurídicos ou materiais, de competência pública, todavia, exocontratual, cujos efeitos repercutem diretamente sobre o contrato, onerando ou beneficiando<sup>9</sup>, desta forma, o particular.

A doutrina econômica, por sua vez, classifica o evento descrito como risco político, álea esta que se dá em virtude de evento alheio ao controle das partes signatárias do contrato, no entanto, ainda relacionado com a atuação do Poder Público.

*Primo icto oculi* pode-se afirmar que era imprevisível tanto para o particular quanto para o poder concedente<sup>10</sup> prever que tal projeto de norma pudesse ser elaborado, aprovado e comprometendo a execução da concessão, o que seria plenamente cabível aplicação

<sup>8</sup> Caso de álea extraordinária e que causou tamanho impacto ocorreu em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização do Real frente ao Dólar norte-americano, fato este que ensejou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos vigentes daquele período.

<sup>9</sup> Não se pode olvidar que a teoria do fato do príncipe, no que concerne a tributos e encargos assemelhados, foi enfronhada pela Lei 8.666, de 1993, beneficiando não apenas o contratado, mas também a Administração Pública, como se observa no §<sup>5º</sup> do seu art. 65. *In verbis: Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.*

<sup>10</sup> Aqui se entende como aqueles contratos de concessão pertencentes às esferas administrativas dos Estados membros e municípios.

da teoria da imprevisão<sup>11</sup>. Todavia, o fato é que a expedição de leis é atividade exclusiva do Estado e assim sendo, deve este assumir os riscos de sua atividade, como espécie de prorrogação de responsabilidade objetiva extracontratual.

Assim ilustra CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ao citar em sua doutrina passagem de GEORGES VEDEL, lecionando que “*A Administração pode, dentro de certos limites, modificar o peso das obrigações que, em um prato da balança, estão ao encargo de seu contratante, mas deve logo colocar no outro prato as compensações pecuniárias correspondentes*”.

Nesta senda, é possível discordar do entendimento da Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, 24ª edição, São Paulo, 2011, p. 283), pois limita a aplicação desta teoria somente se a autoridade responsável pelo fato for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato, caso contrário haveria incidência da teoria da imprevisão. E discordamos assim pois a lei de caráter nacional não poderá ter aplicação com consequências distintas.

Aclarando melhor, caso adotado o entendimento da autora, haveria o nascimento de teratológicas situações de casos de aplicação do fato do príncipe com assunção total de compensação pelo poder concedente, quando se tratar de concessões federais, e aplicação da teoria da imprevisão em que ficaria aberta a divisão ou não dos possíveis abalos econômicos, em concessões delegadas aos

<sup>11</sup> A título de ilustração, vale trazer à baila o *suprassumo* do Conselho de Estado francês, em seu famoso aresto *Gaz de Bourdeaux - 1916*, em que fora aplicada a teoria da imprevisão a fim de proclamar a impossibilidade de um concessionário arcar com a totalidade dos prejuízos decorrentes de imprevisível alta de preços que tornou insuficiente o valor arrecadado pelas tarifas.

estados e municípios. Adotar a teoria da imprevisão por ato do próprio Estado seria levar o particular a pasto do Estado-Leviatã, visto que o Poder Público apenas arcaria parcialmente com as jacturas derivadas do fato ou ato, ou ainda, caso previsto em contrato, poderia o particular assumir sua totalidade o que nosso ordenamento entende como prática temerária.

Compartilho da solução adotada pelos doutrinadores CARLOS ARI SUNDFELD e ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, que consideram o mesmo objeto sob ótica diversa, visto que não há menor enlevo o fato ser oriundo da mesma esfera do poder concedente, pois aqui não se cuida de obrigação de reparar decorrente de dano, mas deveras a obrigação de cumprimento da equação econômico-financeira, atingida por evento exocontratual de natureza normativa, como na hipótese analisada.

Vale ressaltar, outrossim, sob enfoque do art. 65, inciso II, alínea d<sup>12</sup> da lei de licitações e contratos administrativos, que a hipótese de fato do príncipe faz jus a alteração contratual por acordo das partes, *ipso iure*, a fim de retomar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro<sup>13</sup>. Igualmente caminhou a lei

de concessões, visto que ao tratar da política tarifária em seu art. 9º, §3º<sup>14</sup>, restou incontroverso que a criação de encargos legais implica na imprescindível revisão tarifária.

Destarte, após devidamente classificado o evento como álea extraordinária administrativa, cuja responsabilidade compete exclusivamente ao poder concedente em assumir o risco e arcar com a recomposição da efetiva condição inicial da proposta, resta demonstrar os pressupostos que ensejam o equilíbrio contratual bem como a escoreita aplicação do princípio do equivalente econômico.

#### DA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E SUA REGULAÇÃO.

Pelo decorrer hipotético da aprovação do pretense projeto, este dará ensejo a um impacto direto na receita prevista inicialmente pelos concessionários. Dessa maneira, a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões, o art. 35 da Lei

<sup>12</sup> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

<sup>13</sup> Cita-se como exemplo julgado do TCU, acórdão nº. 297/2005 Plenário: "Observe o disposto na Lei nº 8.666/1993, evitando o aditamento de contratos com base em evento não previsto no art. 65,

*lembrando que as alterações contratuais podem ocorrer, dentre outros motivos, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, e que qualquer superveniência de fatos, tributários e/ou legais, de comprovada repercussão nos preços contratados, poderá implicar na revisão dos contratos, para mais ou para menos, consoante inciso II, alínea d, c/c § 5º, do art. 65 da mencionada Lei".*

<sup>14</sup> Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...) § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

9.074/95<sup>15</sup> formula de maneira muito nítida as condições para esta nova estipulação.

De acordo com este artigo, na hipótese de perda de receita operacional pelo concessionário, a compensação dever-se-á proceder por dois típicos instrumentos: ora pela revisão da tarifa, ora pela substituição por uma dotação orçamentária<sup>16</sup>. Vale dizer que a natureza jurídica da compensação de receita é de condição suspensiva da eficácia normativa da lei que conceder benefício.

Assim, o referido projeto com encômios caminhou no mesmo sentido da lei federal administrativa supra, considerando que sua proposta de acréscimo do art. 4º-A<sup>17</sup> a lei 9.277 estipula o direito de revisão como condição de eficácia da isenção. É cediço que no momento da homologação e consecutiva adjudicação de uma proposta vencedora em uma licitação cujo objeto seja a concessão de serviço público, o particular já está cômico da existência de uma equação que expõe tanto as obrigações por ele assumidas quanto a sua pretensão remuneratória, jazida nesta última inclusive sua margem de lucro.

<sup>15</sup> Art. 35. *A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.*

<sup>16</sup> A dotação orçamentária substitutiva como instrumento de manutenção da equação do contrato está regulamentada em uma de suas espécies pelo disposto no art. 11 da lei 8.789/95. Sendo assim caracterizam-se como receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados e desde que previamente previstos no edital ou contrato.

<sup>17</sup> *“A isenção fixada no caput deste artigo dá ensejo a que o concessionário reclame ao poder concedente, se assim julgar necessário, a revisão da tarifa de pedágio, com o objetivo de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão”.*

No caso de acréscimo de encargos ou mutação das condições de funcionamento do serviço, que tenham impacto direto sobre o equilíbrio inicial firmado dever-se-á automaticamente recompor o *status quo ante* a fim de restaurar as condições inicialmente pactuadas. É neste diapasão que mais uma vez reiteramos nossos elogios ao referido projeto por ter expressamente previsto o direito dos concessionários da revisão de tarifas, inclusive quando interposta reclamação perante o poder concedente, esta terá eficácia suspensiva perante a concessão do benefício, é o que dispõe o §4º do art. 4º-A do projeto.

Desta forma, consoante o professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, 29 edição, 2012, São Paulo, p. 654 e ss.), o equilíbrio econômico-financeiro<sup>18</sup> deve ser compreendido como uma relação jurídica com supedâneo na isonomia que deve haver entre as partes, existindo de um lado as obrigações contraídas pelo contratante, no caso o concessionário, e de outro, os profícuos econômicos advindos da avença. Aliás, é neste fundamento de validade que a garantia da execução do serviço adequado encontra guarda, da mesma forma que as prerrogativas da Administração encontram seus limites.

<sup>18</sup> Sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, insta consignar a lição de LUIS ROBERTO BARROSO (Alteração dos Contratos de Concessão Rodoviária. In Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em homenagem a Augustin Gordillo, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 272): *“Trata-se de direito expressamente assegurado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional e que a rigor pode ser reconduzida a diversos princípios constitucionais, como o da isonomia – já que nada justifica que o contrato seja particularmente onerado para a produção de um benefício a ser fruído por toda a sociedade – e o da moralidade – do qual se extrai o dever de lealdade da Administração em face dos particulares em geral e de seus contratados em particular”.*

Mais cedo é que enquanto o particular almeja o lucro, o escopo do Poder Público é justamente buscar a satisfação e adequação da prestação de serviços públicos; sendo assim, cabe a Administração agir com o curial respeito aos interesses econômicos do contratante, visto que em se tratando de matéria de concessão, também é um dever garantir a prestação adequada dos serviços, sendo a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro uma condição *sine qua non* para sua execução.

Neste sentido, valem as palavras de CARLOS ARI SUNDFELD, dando o seguinte enlevo ao tema:

O direito público, no Estado de Direito, é o direito do equilíbrio entre autoridade e liberdade, de modo que às prerrogativas estatais de perseguir o interesse público correspondem, sempre e necessariamente, compensações para o particular atingido de modo especial por seu exercício.

Por isso, ressaltamos, que apenas nasce tal direito de revisão no momento em que o ato ou fato atinge especial e diretamente o serviço prestado pelo particular, no caso, apenas na hipótese de vigência da lei *in comento*.

Veza a basto a legislação, conforme exposto, deixa claro o direito subjetivo de revisão, contudo, entendemos que seu pressuposto de validade vai um pouco mais longe que a simples lei ordinária<sup>19</sup>. Acreditamos que o fundamento, *ab initio*, encontra-se na própria ideia de contrato, posto que o particular também almeja o lucro, e por último, a própria Constituição reforça esta garantia do direito ao fixar em seu art. 37, inc. XXI<sup>20</sup>

<sup>19</sup>Vide art. 65 da Lei 8.666/93; arts. 9º e 10 da Lei 8.987/95; art. 35 da Lei 9.074/95.

<sup>20</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta

bem como art. 175, inc. III<sup>21</sup> a questão de política tarifária em suas mais abrangentes hipóteses de revisão e independentemente de previsão contratual.

Dispõe o art. 37, XXI da Constituição Federal que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública serão contratadas “*com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei*”.

Assim, as obrigações de pagamento deverão atender às condições efetivas da proposta finalista da licitação. Contudo, uma vez que a situação inicial for alterada, seja por Fato da Administração ou Fato do Príncipe, caso fortuito ou força maior, haverá, reiteramos, o nascimento de um novel direito do particular: a revisão da remuneração (tarifa).

de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>21</sup>Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Não bastasse, a Constituição reconheceu que o particular deverá atuar como um coadjuvante no exercício da tutela do interesse público nos casos de concessão, visto que seu concurso é imprescindível para obter a eficiência do serviço público que se almeja prestar, assegurar a intangibilidade da equação contratual e garantir os subsídios essenciais para atendimento da sociedade<sup>22</sup>.

Ademais, qualquer modificação posterior, por norma legal, como na hipótese analisada, que atinja diretamente a equação não invalida os profícuos contratuais assegurados ao concessionário inicialmente, porque tais modificações não podem ter efeito retroativo prejudicial ao direito adquirido, preservado por disposição constitucional<sup>23</sup>.

#### DA REVISÃO DE TARIFAS E SEUS MECANISMOS

Inicialmente, cumpre esclarecer a importante distinção que há entre o reajuste e a revisão de preços, pois enquanto o último enseja a reavaliação da natureza da tarifa e seus componentes, o primeiro compreende hipótese em que não há alteração substancial do valor da tarifa, o que ocorre é mera atualização acompanhando concomitantemente os eventos de álea ordinária como a inflação, aumento dos insumos e mão de obra, ou seja, fatos previsíveis e que devem correr por conta e risco exclusivo do concessionário.

<sup>22</sup> Neste entendimento, corrobora RENATA FARIA SILVA LIMA (Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 215-217), visto que a exigência do art. 37 da Constituição não sobeja dúvidas no tocante a manutenção das condições efetivas da proposta.

<sup>23</sup> Art. 5, inciso XXXVI da Constituição Federal expõe: *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

Com a devida *vênia*, entendemos que a fim de lograr maior aproveitamento do projeto, o mais adequado além da simples previsão de revisão da tarifa (gênero) o legislador poderia explicitar os leques de possibilidades de que este instrumento é composto, conforme será demonstrado; assim, caberia apenas ao poder concedente ceder aos direitos do concessionário, dentro do mérito administrativo concedido por lei, a discricionariedade de opções.

O que ocorre muitas vezes é a utilização do aumento da tarifa a fim da recomposição da receita do particular, visto que é um instrumento mais simples e que acaba por onerar apenas o usuário, não gerando qualquer gravame ao poder concedente além de ratificar as planilhas de cálculos do pretense aumento.

A clássica doutrina de Hely Lopes Meirelles (Licitação e contrato administrativo, 15 edição, 2010, São Paulo, p. 271) dispõe sobre a revisão de tarifas, no sentido de que *“baseia-se nos mesmos motivos de reajustamento de preços de obras públicas, destinando-se a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro estabelecido inicialmente pelas partes”*.

Sendo assim, os instrumentos de revisão não se restringem apenas ao aumento do valor da tarifa, aliás, este instrumento deve ser o último a ser utilizado visto que os usuários são os únicos afetados, que sob um enfoque político, não agrada em nada o interesse público. Outras vias que podem ser utilizadas em conjunto ou individualmente consistem em: a. atribuição ao concessionário de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados (art. 11 da lei 8.987); b. eliminação ou redução de encargos do concessionário; c. dilação do prazo contratual da concessão.

Ademais, o que deixamos por conta dos inventivos contratualistas, o §2º do art. 9º da

lei 8.987/95 deixa claro que se poderá prever outros mecanismos<sup>24</sup> de recomposição pelo edital, contrato ou termo aditivo, desde que dentro dos limites das prerrogativas e sujeições da Administração.

### **CONFLITO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA**

Tornou-se muito comum o Poder Legislativo apresentar projetos de lei sobre matérias que são de competência exclusiva do Poder Executivo. Nesse caso, no momento em que esse projeto de lei vai para o Executivo para ser sancionado ou vetado, não se sabe ao certo a possibilidade de ser convalidado, justamente porque, quanto a isso, o ente não era competente para sua elaboração. Nesse sentido, acreditamos que essa prática não pode, de forma alguma, se tornar comum, pois estaríamos diante de uma completa desordem do ponto de vista legal, desobedecendo por completo os mecanismos impostos pela própria Constituição para a competência de elaboração dos projetos de leis. Muitas vezes, os parlamentares até têm conhecimento de que não poderiam apresentar determinado projeto, sendo matéria exclusiva do Poder Executivo, mas por algum motivo, se veem no direito de intervir, apresentando ainda que cômicos desta vedação, pois sabe que há possibilidade de ser convalidado.

Em se tratando da hipótese do aludido Projeto de Lei estar dotado com um vício de iniciativa e ser posteriormente convalidado pelo Executivo, há muitos entendimentos que nos conduzem às mais variadas interpretações, mas nos parece mais acertada a posição daqueles que não concordam com

<sup>24</sup> No que atine a utilização de fontes paralelas de receita, a doutrina enumera diversos exemplos tais como ceder o direito de exploração de áreas do subsolo ou contíguas a obra pública.

essa prática, uma vez que o processo legislativo deve ser respeitado e obedecido rigorosamente conforme os ditames de nossa Constituição. Para nós, o processo legislativo é um verdadeiro pressuposto de validade da lei, devendo ser respeitadas todas as normas a ele inerente, tanto no que diz respeito à sua elaboração, quanto àquelas matérias que foram colocadas como sendo de competência reservada.

Temos que considerar que a Constituição Federal, quando delimitou matérias exclusivas e privativas do Poder Executivo, negou, desde logo, a qualquer outro, a condição de propor um projeto de lei que trate do assunto. Portanto, caso isso ocorra, o ato se tornará inválido e viciado desde a sua origem, não sendo possível ser posteriormente aceito pelo Poder Executivo.

Tudo isso porque acreditamos que não se pode ferir a separação dos poderes consagrada no art. 2º da Constituição Federal, tendo em vista que existem delimitações para atuação de cada um dos poderes que devem ser respeitadas. O fato é que nem sempre há um entendimento unânime de algumas das delimitações, e é nesse ponto que surge uma problemática, pois o Poder Legislativo muitas vezes se vê no direito de intervir.

No que se refere aos contratos de concessão, o Poder Legislativo se coloca como um terceiro interessado que seria legítimo não apenas para fiscalizar, mas para limitar e até mesmo alterar determinadas condições inicialmente estipuladas. Ocorre que os contratos de concessão de serviço público são negócios jurídicos, sendo o Poder Executivo legitimado para configurar o polo ativo desta relação.

Segundo o professor MARÇAL JUSTEN FILHO: a teoria da separação dos Poderes Estatais é um mecanismo clássico de organização e limitação do poder polí-

tico, e consiste em impedir que todas as funções sejam concentradas em uma única estrutura organizacional. Isso produz um sistema de freios e contrapesos e permite que o “poder controle o próprio poder”, ou seja, gera a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco.

Desta maneira, não obstante o projeto *in comento* tente adequar a isonomia dos usuários na cobrança das tarifas, é de curial sapiência, por outro lado, que o maior óbice consiste na harmonia entre os poderes do Estado, na medida em que o Poder Legislativo, na hipótese de aprovar o referido projeto, acaba por substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados. Em suma, a possível afronta da harmonia entre os poderes, como ensinava o Barão de Montesquieu em sua magna obra “O Espírito das Leis”, ocorre no momento em que um Poder pretende usurpar função de competência majoritária do outro.

Neste sentido, ainda que com aprovação de todas as diversas comissões da Câmara com competência sobre a matéria, o referido projeto já foi objeto de recursos interpostos pelos deputados Arthur Oliveira Maia e Ricardo Izar, arguindo em suma a inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, uma vez que a iniciativa dos projetos que tratam da competência dos órgãos da administração pública é privativa do Presidente da República (art. 61, § 1º, II, ‘e’, da CF/88). Resta aguardar a avaliação do Senado.

Cite-se, como exemplo, o Acórdão proferido na ADI nº. 2.733-6-STF-Plenário, no voto do Relator Ministro Eros Grau, onde aponta claramente que as iniciativas de lei cujo objeto tenham por escopo conceder benefício ou isenção nas tarifas arrecadadas

pelos concessionários “importa, destarte, indevida ingerência do Poder Legislativo em campo próprio da atividade administrativa”.

Destarte, entendemos que a função do Poder Legislativo, quanto aos contratos de concessão, deve ser apenas e tão somente fiscalizadora, investigando, por exemplo, eventuais irregularidades e ilegalidades de atos. Não cabe ao Poder Legislativo promover alterações contratuais atrás do exercício da atividade legiferante, e sim avaliar de que forma esses serviços estão sendo prestados, atrás do Tribunal de Contas, por exemplo pois somente assim não haveria vício de iniciativa por parte do Poder Legislativo, não vindo a usurpar nenhuma competência e nem contrariando princípios constitucionais.

## CONCLUSÃO

O projeto em comento foi elaborado com vistas a eliminar o ônus desproporcional que pesa sobre a população dos municípios onde se instalam as praças de cobrança de pedágio, sendo que, para se beneficiar da isenção, o proprietário deverá ter seu veículo credenciado periodicamente pelo concedente e pelo concessionário, conforme procedimentos a serem fixados por regulamento. Entendemos ainda que não há como alegar quebra da isonomia, visto que a isenção é permitida por lei, desde que não atinja a toda uma coletividade mas em detrimento de grupo considerável e com justa causa.

Ademais, o prospecto, na hipótese de sua aprovação, ao conceder a isenção de tarifa para determinado grupo social rompe com a equação econômica firmada, não obstante sem qualquer relação como parte do contrato administrativo. Ainda neste sentido, o fator

de sua aprovação enquadra-se como fato do príncipe.

Sendo assim, o projeto conta como medida individual, específica e direta sobre os contratos de concessão, e não simples norma geral que possa afetar a todos os administrados, pois neste último caso, entende a doutrina que deve ser rechaçada a teoria do fato do príncipe e, dependendo da interferência sobre a prestação de serviços e desde que atendido os requisitos necessários, poder-se-ia discutir a aplicação da teoria da imprevisão.

Em outras palavras, esta irrupção de isenção enquadra-se como álea extraordinária administrativa, correndo inteiramente por conta do poder concedente.

Por derradeiro, entendemos que legislar sobre serviço público é questão que afeta o funcionamento da administração pública em geral, visto que a futura lei contém conteúdo nacional. Nestes termos, é inconcebível admitir que lei de origem parlamentar inserir-se em competência de administração das concessões que detém o Poder Executivo.

## BIBLIOGRAFIA

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
2. \_\_\_\_\_. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO, André Castro (org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP Editora, 2009, p.51-65.
3. BELLUZO, Luiz Gonzaga de Mello. Parecer quanto decisão de investimento, CMPC e Revisão Tarifária no Setor de Transportes Rodoviários. In: CARVALHO, André Castro (org.). *Teoria e Prática do Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.17-127.
4. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Obras públicas: recomendações básicas para contratação e fiscalização de obras públicas*. 2. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2009.
5. CARVALHO, André Castro. *Dinâmica das regras econômicas e jurídicas nos contratos de concessões de serviços públicos*.
6. CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Concessão de Serviço Público: Validade de leis estaduais ou municipais que estipulam isenção de tarifa*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE): Salvador, n. 9, fev/mar/abr. 2007. Disponível na Internet:<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 10 de outubro de 2012.
7. \_\_\_\_\_. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista da AASP* n. 107. Ano XXIX. Dez. 2009, p. 25-32.
8. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 279-88; 290-304.
9. JÚNIOR, José Cretella. *Lições de Direito Administrativo*, São Paulo: José Bushatsky, 1970, p. 213-23.
10. \_\_\_\_\_. *O "fato do príncipe"*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 75.
11. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
12. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 271.
13. SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 236-50.
14. VICENTE PAULO, Marcelo Alexandrino. *Direito Administrativo Descomplicado*, Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 398 e 415.