



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO PROFISSIONAL EM DIREITO

Pedro Rios Carneiro

Concessão Comum, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Pandemia: estudo de caso sobre o contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo do Município de Florianópolis/SC

Florianópolis
2024

Pedro Rios Carneiro

Concessão Comum, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Pandemia: estudo de caso sobre o contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo do Município de Florianópolis/SC

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre Profissional em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Henrique Lima Reinig

Florianópolis

2024

Carneiro, Pedro Rios

Concessão Comum, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Pandemia : estudo de caso sobre o contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo do Município de Florianópolis/SC / Pedro Rios Carneiro ; orientador, Guilherme Henrique Lima Reinig, 2024.

129 p.

Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Concessão Comum. 3. Equilíbrio Econômico Financeiro. 4. Pandemia da COVID-19. I. Reinig, Guilherme Henrique Lima . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Pedro Rios Carneiro

Concessão Comum, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Pandemia: estudo de caso sobre o contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo do Município de Florianópolis/SC.

O presente trabalho em nível de Mestrado Profissional foi avaliado e aprovado, em _____ de _____ de 2024, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Guilherme Henrique Lima Reinig, Dr.
Instituição Universidade Federal de Santa Catarina

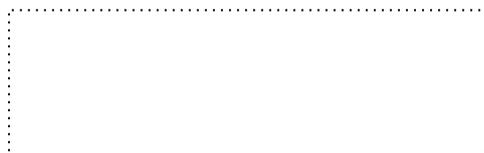
Prof. Romano José Enzweiler, Dr.
Instituição Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr.
Instituição Universidade Federal de Santa Catarina

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre Profissional no Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito.



Coordenação do Programa de Pós-Graduação



Prof. Guilherme Henrique Lima Reinig, Dr.
Orientador

Florianópolis, 2024.

A nosso Senhor Jesus Cristo.
A Nathalia, minha esposa, a meus queridos Júlia, Alice, Lucas, Maria e a outros
tantos filhos que Deus nos confiar.

RESUMO

O estudo de caso tem por objeto o contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo do Município de Florianópolis e as consequências da pandemia da COVID-19 e das ações do Poder Público na economia contratual. O objetivo da pesquisa é identificar quais foram esses impactos, perquirir quem deve ser responsabilizado por eles, especular quais medidas podem ser adotadas para restabelecer seu equilíbrio econômico-financeiro e refletir sobre qual deva ser o papel do Poder Judiciário nesse conflito. O trabalho é dividido em duas partes distintas, porém, indissociáveis. A primeira, conceitual, em que se define por revisão bibliográfica as noções gerais que serviram de premissa para o exame do caso e para a elaboração das conclusões. A segunda, o estudo de caso propriamente dito, analisa-se os documentos pertinentes, como o contrato administrativo, o edital de licitação, os atos expedidos pelo Poder Público para o enfrentamento da pandemia, e, em especial, os que instruem a ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023, cujas partes são a concessionária e o concedente. A partir das noções conceituais pontuadas na primeira parte, identifica-se as características do contrato de concessão de transporte coletivo do Município de Florianópolis, analisa-se a sua matriz de alocação de riscos e os critérios contratuais de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro, bem como as medidas previstas de recomposição da equação econômica do contrato. Com esteio na documentação analisada, conclui-se que a pandemia e as medidas impostas pelo Poder Público, eventos extraordinários cujo risco está alocado ao Município de Florianópolis, implicaram em profunda redução das receitas e no incremento de despesas, sem a devida medida compensatória, desequilibrando o ajuste. O contrato prevê mecanismos de reequilíbrio, a par de outros legalmente possíveis. E, nesse caso, o papel do Poder Judiciário deve se limitar a impor a responsabilizar o Município de Florianópolis a reequilibrar o ajuste. Cabe ao ente público municipal deliberar sobre qual providência adotar, desde que implique na recomposição completa da economia contratual e desde que possível e de interesse público. Ao Poder Judiciário compete estabelecer o prazo para o cumprimento e imputar as consequências jurídicas para o inadimplemento, dentre elas a extinção da concessão e a conversão das obrigações resultantes do contrato em perdas e danos.

Palavras-chave: Concessão de serviço público; equilíbrio econômico-financeiro; matriz de alocação de riscos; pandemia; COVID-19; força maior; fato do príncipe; eventos extraordinários; reequilíbrio; Poder Judiciário; perdas e danos.

ABSTRACT

The case study focuses on the public service concession contract for collective transportation in the Municipality of Florianópolis and the consequences of the COVID-19 pandemic and the actions of the Public Authorities on the contractual economy. The research aims to identify these impacts, inquire about who should be held responsible for them, speculate on measures that can be taken to restore economic and financial balance, and reflect on the role of the Judiciary in this conflict.

The work is divided into two distinct yet inseparable parts. The first part, conceptual, defines through literature review the general notions that served as premises for the case examination and the conclusions' elaboration. The second part, the actual case study, analyzes relevant documents such as the administrative contract, the bidding notice, the actions issued by the Public Authority to address the pandemic, and especially those that support judicial action n. 5068978-31.2020.8.24.0023, involving the concessionaire and the grantor.

Based on the conceptual notions outlined in the first part, the characteristics of the concession contract for public transportation in the municipality of Florianópolis are identified, along with an analysis of its risk allocation matrix and contractual criteria for evaluating economic and financial balance, as well as the envisaged measures for restoring the contract's economic equation.

From the analyzed documentation, it is concluded that the pandemic and measures imposed by the Public Authority, extraordinary events whose risk is allocated to the municipality of Florianópolis, have led to a profound reduction in revenues and increased expenses, without the necessary compensatory measure, thus destabilizing the arrangement. The contract provides mechanisms for rebalancing, among other legally possible options. In this case, the role of the Judiciary should be limited to holding the municipality of Florianópolis responsible for rebalancing the arrangement. It is up to the municipal public entity to decide on the course of action, provided it entails the complete recomposition of the contractual economy and is feasible and in the public interest. The Judiciary is tasked with establishing a deadline for compliance and imposing legal consequences for non-compliance, including the termination of the concession and the conversion of contract obligations into damages.

Keywords: Public service concession; economic and financial balance; risk allocation matrix; pandemic; COVID-19; force majeure; act of the sovereign; extraordinary events; rebalancing; Judiciary; damages.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	9
2.	CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E PANDEMIA DA COVID-19	15
2.1	Concessão de Serviço Público.....	17
2.2	Matriz de Alocação de Riscos.....	25
2.3	Equilíbrio Econômico-Financeiro.....	36
2.3.1	Valor Presente Líquido – VPL.....	41
2.3.2	Taxa Interna de Retorno – TIR.....	43
2.3.3	A Taxa Interna de Retorno – TIR como parâmetro para o reequilíbrio econômico-financeiro.....	46
2.4	Formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.....	48
2.5	A pandemia da COVID-19.....	54
2.6	O papel do Poder Judiciário.....	63
3.	ESTUDO DE CASO	68
3.1	O contrato de concessão do serviço público de transporte coletivo do Município de Florianópolis/SC.....	69
3.2	A Matriz de Alocação de Riscos do Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014.....	78
3.3	A atuação do Poder Público para o enfrentamento da COVID-19.....	83
3.3.1	Atos normativos expedidos pelo Estado de Santa Catarina.....	84
3.3.2	Atos normativos expedidos pelo Município de Florianópolis.....	87
3.4	A ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023.....	92
3.5	O desequilíbrio causado pela pandemia da COVID-19 e pelas medidas adotadas pelo Estado de Santa Catarina e Município de Florianópolis no Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014.....	97
3.6	As possíveis soluções de reequilíbrio para o Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014.....	107
3.7	Até onde pode ir o Poder Judiciário?	113
4.	CONCLUSÃO	119
5.	REFERÊNCIAS	125

1 INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19 foi um acontecimento único na história humana recente. Desde a controvérsia a respeito da origem do vírus, passando pelo seu elevado grau de contagiosidade e de mortalidade, até as polêmicas medidas adotadas pelos Estados para o seu enfrentamento, não houve, pelo menos desde a Segunda Guerra Mundial, outro evento de caráter global de gravidade similar e com um rastro de mortes tão grande.

Já no início do ano de 2020, diversos países e a Organização Mundial de Saúde (OMS) elevaram o estado de contaminação causado pelo novo coronavírus ao status de pandemia. Desde então, tudo mudou.

A crise na saúde pública implicou na imposição de medidas que acabaram por alterar completamente o modo de vida da população de todo o mundo, com imposição de quarentenas, isolamento social, restrições ao tráfego de pessoas, suspensão de atividades econômicas, obrigatoriedade do uso de máscaras faciais, dentre outras. Mesmo diante da concretização de posturas pouco comuns (ou até inéditas) pelo Poder Público, e pela corrida desenfreada por drogas eficazes no combate e na prevenção do patógeno, o que se viu foi um rastro de mortes, que passou da casa dos milhões.

Um modo de vida diferente se instaurou.

Como não poderia deixar de ser, esse novo estado de coisas teve repercussão imediata no mundo jurídico. Afetou a execução dos mais diversos tipos contratos. No Brasil, leis foram editadas para instituir um regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas no período de pandemia, a exemplo da Lei n. 14.010/2020, para tentar minimizar (ou pelo menos estabilizar) os impactos desse evento extraordinário nas relações sociais.

Os contratos administrativos, e, em especial, os de prestação de serviços públicos, não escaparam dessa realidade.

Serviços públicos delegados a particulares e remunerados essencialmente pelos usuários via tarifa foram suspensos por longos períodos. Em virtude da crise econômica imediatamente subsequente à sanitária, não foram adotadas medidas compensatórias adequadas para compensar a perda de receitas. Não se autorizou, por outro lado, que o concessionário pudesse se desvincular, ainda que

temporariamente, de suas obrigações. Como consequência, a economia contratual e a própria viabilidade da concessão foram impactadas diretamente, resultando numa verdadeira crise em determinados setores, como os de transporte público (tanto de âmbito federal, como a aviação civil, quanto de âmbito estadual e municipal, como os transportes intermunicipais e coletivo).

Mais de dois anos se passaram até que houvesse um verdadeiro arrefecimento das medidas restritivas adotadas pelo Poder Público.

No Município de Florianópolis, a realidade não foi diferente.

Também foram adotadas em âmbito municipal medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19, a exemplo daquelas adotadas em todo o mundo, em maior ou menor escala, o que acabou por atingir diretamente a execução dos contratos administrativos, em particular o de transporte coletivo urbano.

De março de 2020 a julho de 2021, pelo menos, o Estado de Santa Catarina e o Município de Florianópolis impuseram ao concessionário do serviço de transporte coletivo inúmeras restrições, inclusive a paralização total das atividades por determinado período. Além disso, obrigaram-no a realizar novos investimentos para cumprir o rigoroso protocolo sanitário instituído para o controle da pandemia.

Em 2020, houve uma redução na ordem de 77,22% do número anual de passageiros transportados e um declínio de 59,27% da receita tarifária, em comparação com a média dos anos de 2015 a 2019.

Por outro lado, a despeito das previsões legais e contratuais a assegurar o equilíbrio-econômico financeiro, da definição de uma matriz de riscos alocando ao Município de Florianópolis o risco decorrente de eventos extraordinários, não foram adotadas pelo concedente as medidas compensatórias eficazes para neutralizar a redução vertiginosa da receita e a majoração dos investimentos, colocando em xeque a viabilidade do projeto concessionário e a continuidade do serviço público.

Agora, passada a fase mais crítica da pandemia com a retomada das atividades e a eliminação quase completa das restrições, com a imunização da população e a redução drástica dos níveis de mortalidade da doença e de seus quadros mais graves, ficam os questionamentos: quem deve ser responsabilizado pelos impactos econômicos e financeiros causados nesse contrato e suportados pelo concessionário? O que deve ser feito para reequilibrá-lo? É possível fazê-lo de modo completo? É do interesse público fazê-lo? Qual o papel do Poder Judiciário?

São essas as perguntas que essa dissertação se propõe a responder, a partir do caso específico do Município de Florianópolis. E, mais do que as possíveis soluções para o caso concreto, a metodologia de abordagem da questão, as noções conceituais empregadas, e a fundamentação utilizada para justificar a resolução propostas poderão servir de subsídio para os profissionais do Direito (magistrados, advogados e gestores) para a solução de casos análogos, que certamente se reproduziram durante esse período nos municípios brasileiros.

A dissertação está estruturada em duas partes bastante distintas, todavia, intrinsecamente conectadas e interdependentes.

O primeiro segmento, mais conceitual e que constitui o segundo capítulo, destina-se a elencar algumas noções imprescindíveis para o exame do caso concreto. Realizou-se revisão bibliográfica apontando a opinião dos especialistas sobre os conceitos adotados e que serviram de base para o estudo de caso.

A segunda parte (terceiro capítulo) é propriamente o estudo do caso concreto. Mediante análise documental, principalmente os documentos que instruem a ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023, descreve-se os fatos que constituem a controvérsia e os examinam à luz dos conceitos lançados no capítulo anterior, extraíndo, a partir daí, as conclusões, lançadas no quarto capítulo.

Mais detalhadamente, no segundo capítulo apresenta-se uma noção geral de concessão de serviço público, identificando as suas principais características, com destaque para a matriz de alocação de riscos. Busca-se demonstrar como os riscos na concessão comum vêm sendo tratados atualmente, em particular, ressaltando as vantagens de defini-los prévia e consensualmente. Descreve-se como essa opção se mostra mais eficaz para a solução dos problemas que fatalmente surgem na execução do contrato de tamanha complexidade e de prazo tão alongado, porque reduz os seus custos, contribuindo para a estabilização do ajuste, para a viabilidade da concessão e para a continuidade da prestação do serviço público.

Em seguida, estuda-se o equilíbrio econômico-financeiro sob uma perspectiva um pouco mais abrangente do que a tradicional. O equilíbrio econômico-financeiro é tratado como integrante da essência da concessão de serviço público, sem o qual desnatura-se a especialidade desse contrato administrativo especial. Aponta-se as técnicas mais comuns para a sua avaliação e como elas podem ser usadas como parâmetro para a sua recomposição.

Na seção seguinte, com base na literatura especializada e na interpretação de dispositivos legais, foram listadas as possibilidades de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A partir da exposição e contraposição da opinião dos especialistas, trata-se da pandemia da COVID-19, de suas consequências, e dos atos emanados do Poder Público para o seu combate, especulando qual é o adequado enquadramento desse fato jurídico, considerado num aspecto geral. E, diante das teses divergentes, vislumbra-se um inevitável conflito de interesses entre o concedente e o concessionário, que acaba por aportar no Poder Judiciário.

Na última seção do segundo capítulo, avalia-se qual deveria ser o papel do Poder Judiciário num conflito dessa natureza, com destaque para a primazia da solução negociada.

No terceiro capítulo, passa-se ao estudo de caso. Fundamentado nas premissas conceituais estabelecidas no capítulo anterior, busca-se responder, de modo particular, aos questionamentos iniciais, expondo-se um método racional de abordagem do problema.

Realiza-se a análise documental do Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013 e seus anexos, do Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014, bem como dos documentos que integram a ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023.

Descreve-se, assim, as características principais do contrato de concessão de transporte coletivo do Município de Florianópolis, com especial atenção para as regras que estabeleceram a matriz de alocação de risco, que definiram o equilíbrio econômico-financeiro, que estipularam a sua técnica de avaliação e que garantem a sua manutenção, além dos mecanismos contratuais para a sua recomposição.

Na seção seguinte, foram estudados e sumariados todos os atos normativos expedidos pelo Estado de Santa Catarina e pelo Município de Florianópolis e que impactaram diretamente no serviço público em questão, seja suspendendo completamente a prestação, seja impondo restrições parciais, seja determinando a realização de novos investimentos para atender o protocolo sanitário definido pelo Poder Público.

De igual modo, descreve-se resumidamente o conteúdo da ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023, com a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos e da

pretensão. Também se lista a documentação que a integra e os atos processuais praticados até a data da conclusão do trabalho.

Em seguida, avalia-se de que modo a pandemia da COVID-19, e, especialmente, os atos do Poder Público, repercutiram nesse contrato específico, dando causa a seu desequilíbrio, e qual a disciplina contratual e normativa para essa hipótese de abalo da economia contratual. Destaca-se ser legítima a discussão sobre a metodologia mais adequada para a apuração do tamanho do desequilíbrio, acerca de quais parâmetros devam ser usados para dimensioná-lo, e se seria viável, conveniente e/ou oportuno ajustar os seus rumos, com vistas à continuidade do projeto concessionário.

À luz do contrato e das disposições legais, aponta-se quem deve suportar as consequências do desajuste e quais as possíveis soluções, especulando-se sobre a (in)viabilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e/ou sobre a conveniência e oportunidade da medida.

Na última seção, cogita-se acerca de qual deve ser o limite de atuação do Poder Judiciário nesse caso. Responde-se quem deveria escolher quais as medidas a serem tomadas, na impossibilidade de solução consensual, e em havendo possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e interesse na manutenção do projeto concessionário traduzido no Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014.

Finalmente, no último capítulo se expõe as conclusões alcançadas ao longo da dissertação, que podem ser assim sumarizadas: (i) A concessão de serviço público é contrato administrativo especial, cuja matriz de alocação de riscos, de imprescindível elaboração, deve conter a natureza de cada risco, o impacto financeiro na hipótese de o evento se materializar, a probabilidade de ele ocorrer, a alocação do risco e possíveis medidas de mitigação. Ela caracteriza o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, dá-lhe, em grande medida, conteúdo; (ii) é da essência da concessão de serviço público a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, cuja tutela interessa não apenas ao particular, mas também ao próprio Poder Público, porque se relaciona intrinsecamente com a noção de serviço público adequado; (iii) a configuração do desequilíbrio econômico-financeiro prescinde de onerosidade excessiva, lesão enorme, situação pré-falimentar do concessionário, ou outros cenários extremados. Dispensa, igualmente, a extrema vantagem do concedente; (iv)

há técnicas capazes de avaliar o equilíbrio econômico-financeiro, como Valor Presente Líquido – VPL e a Taxa Interna de Retorno – TIR, que, inclusive, podem servir de parâmetro para a sua recomposição; (iv) No contexto das concessões de serviço público de transporte coletivo, a pandemia da COVID-19 caracteriza força maior e os atos praticados pelo Poder Público para enfrenta-la qualificam-se como fato do príncipe, um e outro espécies do gênero eventos extraordinários, cujo risco sempre foi alocado ao Poder Público; (v) ao Poder Judiciário, se chamado a interferir, compete primordialmente o papel de conciliador ou de mediador, facilitando a solução consensual, mas, em último caso, cabe-lhe declarar extinta a concessão, não se descartando abstratamente a possibilidade de concessão de tutela de urgência; (vi) quanto ao caso concreto examinado, o Município de Florianópolis foi quem assumiu contratualmente os riscos de eventos extraordinários; (vii) tanto a pandemia em si considerada, quanto as medidas de enfrentamento adotadas, tiveram repercussões diretas no contrato de concessão, implicando em queda substancial de receitas e acréscimo de investimentos, tornando economicamente inviável a continuidade da prestação do serviço público; (viii) a despeito da previsão contratual específica, não foram adotadas medidas compensatórias efetivas pelo poder concedente, resultando no desequilíbrio do contrato; (ix) sugeriu-se a revisão tarifária, a prorrogação do contrato e a indenização da concessionária, adotadas em conjunto, como medidas de reequilíbrio da equação econômica; (x) para o caso concreto, inviável a composição mesmo diante da disposição contratual impondo o dever de negociação, o Poder Judiciário deve apenas determinar a recomposição cabal do equilíbrio econômico-financeiro, nos moldes do contrato, cabendo ao concedente, com exclusividade, adotar as medidas que cumpram essa obrigação em prazo definido pelo Poder Judiciário, e desde que possível e de interesse público, sob pena de extinção da obrigação e conversão em perdas e danos.

2 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E PANDEMIA DA COVID-19

Antes de ingressar nos assuntos que compõem as seções desse capítulo, uma breve nota introdutória é necessária.

A despeito de se tratar de um estudo de caso, a análise de alguns conceitos, tanto jurídicos como de outras áreas do saber, será imprescindível para a compreensão do problema, para o seu exame e para a elaboração das conclusões. Daí a necessidade de exposição, logo no início, de um capítulo mais geral, abrangente, amplo, teórico, conceitual, tendo como parâmetro a legislação pertinente, como a Constituição (art. 37, XXI e art. 175, *caput*), a Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), a Lei n. 8.987/1995 (Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos), a Lei n. 13.979/2020 (Lei das Medidas de Enfrentamento da COVID-19) e a Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), e também a opinião dos especialistas em Direito Administrativo, e em Direito das Concessões, em particular.

O propósito é tentar delimitar as questões jurídicas relevantes para o exame do caso, que será feito predominantemente no capítulo seguinte.

O trabalho foi estruturado a partir dessa intuição: as noções gerais trabalhadas nesse capítulo (nas suas seções e subseções), são exploradas no caso particular no seguinte, à luz das circunstâncias concretas. A seção 2.1 desse capítulo trata da noção geral de concessão de serviço público, ao passo que, na seção correspondente do subsequente (3.1), há exposição e análise pormenorizada do contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo no Município de Florianópolis. Em outras palavras, examina-se como o conceito de serviço público (e todas as suas particularidades) se manifesta concretamente na concessão do transporte coletivo daquele município. O mesmo ocorre com as demais seções desses dois capítulos (2.2 Matriz de Alocação de Riscos X 3.2 A Matriz de Alocação de Riscos do Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014, e assim por diante). Nas subseções 2.3 e 2.4 discorre-se sobre o equilíbrio econômico-financeiro e as possibilidades de sua recomposição, sob um aspecto geral, ao passo que nos itens 3.3, 3.4, e 3.6, cuida-se, em específico, de que modo se estabeleceu o equilíbrio econômico-financeiro naquele contrato e quais foram os mecanismos instituídos para a sua manutenção.

Por fim, nos tópicos 2.5 e 2.6 desse capítulo, a partir de uma visão geral do fenômeno jurídico pandemia da COVID-19, avaliou-se qual deveria ser o seu enquadramento no ordenamento jurídico e quais as consequências daí decorrentes no tocante às concessões de serviços públicos, bem como, qual deveria ser, de um modo amplo, o papel do Poder Judiciário nas controvérsias instauradas entre concessionário e concedente. Já nas subseções 3.5 e 3.7 do capítulo seguinte, foi examinado de que forma a pandemia e as medidas adotadas para combatê-la impactaram concretamente no Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014. Analisou-se, de igual modo, até que ponto poderia avançar o Poder Judiciário na solução desse conflito específico.

Em resumo, as noções conceituais lançadas nesse capítulo são imprescindíveis para a compreensão do seguinte e estão conectadas diretamente com o raciocínio nele desenvolvido.

É evidente que os conceitos comportam divergências interpretativas, que, na medida do possível, foram elencadas sumariamente nesse capítulo. Mas não é o objetivo dessa dissertação o aprofundamento das discussões, mais apropriado num mestrado acadêmico.

De todo modo, o estudo de caso exige que se trabalhe com conceitos, com algumas ideias do que se compreende por determinados institutos, e, a par dos posicionamentos opostos entre os especialistas, obriga a tomada de posição. Dito de outro modo, foi preciso escolher racionalmente e de maneira fundamentada quais as noções acolhidas no trabalho e adotadas como premissas para o exame do caso analisado. Somente assim é possível aferir a integridade, a coerência e a pertinência das conclusões dessa dissertação e de todo o caminho percorrido até elas.

Por outro lado, como se trata de um estudo de caso, cujo escopo principal não é a verticalização de celeumas doutrinárias de caráter geral, mas adoção de algumas noções gerais como premissas para o exame dos fatos expostos no capítulo seguinte, optou-se por reproduzir a opinião dos especialistas da maneira mais fidedigna possível. O resultado dessa escolha foi considerável quantidade de citações, que não se repetiu no capítulo posterior. Embora as transcrições possam de algum modo prejudicar a dissertação em sua forma, tornando a sua leitura um pouco mais trabalhosa, essa opção pareceu-me necessária por dois motivos: preservar tanto quanto possível os conceitos, tais como pensados pelos respectivos autores, já que

não serão objetos de discussão e nem de aprofundamento; contextualizar de forma mais abrangente possível em qual e para qual contexto eles foram pensados.

Seja como for, o emprego das ideias expostas nesse capítulo no seguinte, conforme as circunstâncias concretas do caso, dando-lhes aplicação prática, justificam o recurso às citações diretas e a imprescindibilidade de um capítulo destinado exclusivamente à exposição de conceitos.

2.1 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O ordenamento jurídico atribui ao Poder Público a incumbência de prestar serviço público, consoante art. 175, *caput*, da Constituição da República de 1988¹.

Serviço público é conceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello como aquele que se consubstancia por meio de um regime jurídico especial, instituído pelo Estado, no interesse direto das finalidades que o próprio Estado definir como seu (MELLO, 2017, pág. 24).

Explica Celso Antônio Bandeira de Mello que esse regime especial dá a luz a “procedimentos exorbitantes do direito privado”, afastando regras do direito comum e instituindo uma situação privilegiada para o Poder Público, o que constitui uma exceção à igualdade. Também estabelece, em paralelo, limitações no desempenho da atividade com vistas a tutelar os interesses elevados que lhe são inerentes, tanto ao Poder Público (como regulador ou prestador direito), como ao particular. Conclui afirmando que, para o Direito, serviço público não é uma qualidade própria da atividade, mas decorre do regime normativo que lhe é aplicável, muito embora só se reconheça como serviço público, como regra quase que geral, atividades relevantes e de interesse público (MELLO, 2017, pág. 25).

Mais adiante, na mesma obra, conceitua serviço público como sendo a atividade material que o Estado assume como sendo seu dever frente à coletividade, para satisfazer as necessidades ou utilidades públicas que possam ser usufruídas individualmente pelos cidadãos, e cujo desempenho delibera deva ser efetuado sob um regime jurídico que outorgue prerrogativas capazes de assegurar preponderância

¹ 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

do interesse residente no serviço. Esse mesmo regime jurídico deve também ser capaz de proteger o interesse público contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros, e do próprio Estado, gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular (MELLO, 2017, pág. 29).

A forma de prestar os serviços públicos é variada: o Estado pode fazê-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, desde que precedida de licitação.

Como explica Egon Bockmann Moreira, muito embora não haja definição do que venha a ser serviço público nos dispositivos constitucionais que cuidam da matéria, a norma qualifica o serviço público (seja sob a forma de competências explícitas, seja na condição de execução da tarefa propriamente dita) quando imputa ao Poder Público certa categoria de incumbências passíveis de concessão e permissão. Portanto, complementa, é por disposição constitucional que essa gama de serviços é atribuída ao Estado. E é também por previsão constitucional expressa que eles são concedíveis, permissíveis ou autorizáveis. Consequentemente, a desestatização em patamar infraconstitucional somente pode ser quanto à gestão, e não quanto à titularidade do serviço (MOREIRA, 2022, pág. 20).

Apesar de ser do Estado a atribuição de prestar o serviço público, por ser ele o seu titular, é possível a privatização formal (ou organizatória, ou de gestão), na qual permanece pública a titularidade, no entanto, transfere-se “[...] à pessoa privada a administração dos bens e serviços inerentes ao escopo contratual, por prazo certo e nos limites do previsto no edital e no contrato”. Em outras palavras, “privatiza-se a gestão dos bens e serviços públicos, com metas a serem supervisionadas pelo poder concedente” (MOREIRA, 2022, pág. 23).

Conforme a legislação infraconstitucional, com destaque para a Lei n. 8.987/1995, a principal modalidade de delegação é a concessão.

Dispõe o art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, com a redação dada pela Lei n. 14.133/2021, que a concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Em relação à definição legal vale a ressalva de Egon Bockmann Moreira, para quem não é “da melhor técnica o arrolamento de definições em texto de lei”. O autor

prossegue defendendo, corretamente, que “as definições legais não encerram a atividade hermenêutica” e que “se se verificar que há contradição entre certo instituto jurídico, tal como resulta do regime positivamente estabelecido, e a definição legal, aquele prevalece sobre esta, pois o regime vincula e a definição orienta apenas”. Arremata destacando caber à doutrina e à jurisprudência “a análise do Direito posto, a concentração lógica dos preceitos e a construção jurídica” (MOREIRA, 2022, págs. 65-66).

Nessa linha de ideias, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua concessão de serviço público como o instituto pelo qual o concedente, por não poder ou não querer suportar as despesas, ou por não possuir aptidão tecnológica para tanto, transfere ao concessionário os encargos para desempenhar o serviço público por sua conta, risco e perigos, e sua remuneração se dá pela exploração econômica da atividade, mediante a captação dos recursos junto aos usuários, que pagam pela sua utilização. O particular desfruta da garantia de um equilíbrio econômico-financeiro que lhe é assegurada pelo concedente (MELLO, 2017, pág. 30).

Na doutrina francesa, explica Egon Bockmann Moreira, fazendo referência às lições de Roger Bonnard, a concessão de serviço público é um ato complexo que compreende três elementos: um ato regulamentar; um ato-condição; e um contrato. Apesar da complexidade, a concessão configura ato único, pois os três elementos que o compõem são condicionados um pelo outro. A finalidade do ato regulamentar é fixar os parâmetros de organização e de funcionamento do serviço. Por meio dele constitui-se de forma unilateral o regime estatutário do serviço, que será imposto ao concessionário e aos usuários. Por sua vez, o ato-condição é a consequência necessária e forçada do ato regulamentar, na medida em que ele estabelece um status a ser imputado àquele que consinta ser concessionário do serviço. Contudo, se a concessão se resumisse a esses dois aspectos, o concessionário se encontraria em situação semelhante a de um funcionário público. Surge, então, a necessidade de se somar o terceiro elemento, o contrato propriamente dito, ou seja, um “ato convencional criador de situação jurídica individual”, que pelo menos estabeleça a duração da concessão, suas garantias e vantagens, e o equilíbrio econômico-financeiro (MOREIRA, 2022, págs. 80-81).

Por sua vez, Marcos Juruena Villela Souto define as concessões de serviços públicos como contratos de natureza tipicamente administrativa, através dos quais a

Administração (concedente) transfere a um particular (concessionário) a realização e exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público, cabendo a este o direito de remunerar-se através da cobrança de uma tarifa, paga pelo usuário, sendo o valor fixado pelo concedente de acordo com a proposta vencedora da licitação (SOUTO, 2004, pág. 10).

Marçal Justen Filho formula um esboço de definição, explicitando que a concessão comporta uma pluralidade de configurações, o que implica na ausência de um modelo único, não apenas no âmbito do Direito comparado, mas em face, inclusive, do próprio Direito brasileiro. Para ele, a concessão de serviço público é contrato plurilateral pelo qual o Estado delega, de forma temporária, a prestação de um serviço público a um sujeito privado. O agente privado, por sua vez, assume a sua execução diretamente perante os usuários, submetendo-se ao controle estatal e da sociedade civil. A remuneração do particular é extraída do empreendimento, ainda que seja possível o custeio parcial com recursos públicos (JUSTEN FILHO, 2003, pág. 669).

É certo que existem outras conceituações possíveis, umas e outras sublinhando determinados aspectos. Há, ainda, outras formas específicas de concessões (art. 2º, III, da Lei n. 8.987/1995 e aquelas previstas na Lei n. 11.079/2004) que não serão objeto de análise. Entretanto, as definições mencionadas anteriormente são suficientes para o escopo dessa dissertação, merecendo destaque algumas características a seguir pontuadas, por se relacionarem diretamente com o estudo de caso.

Consoante esclarece Egon Bockmann Moreira, a concessão comum é uma relação administrativa complexa, porque decorre da justaposição de três elementos de natureza díspar entre si: um ato administrativo de outorga, um regime estatutário exclusivo e um contrato administrativo especial. É da amálgama desses três elementos que se compõe o serviço público. Cada elemento será fonte normativa para os atos das partes. Na concessão comum há, portanto, um emaranhado de direitos, obrigações, deveres e sujeições em conexão unitária (com fontes diversas), “cuja configuração não é dependente em exclusivo da vontade das partes (mas da própria estrutura do negócio)”. É esse vínculo lógico-jurídico especial, pois, que dá autonomia à relação concessionária. “Não se está diante da tipicidade estrita de cada um desses elementos (oriunda de visão analítica do fenômeno), pois é da exata interdependência

indecomponível que decorre a unidade da relação jurídica de concessão de serviço público” (MOREIRA, 2022, pág. 84).

Pelo ato de outorga dá-se existência à concessão, constituindo-se o particular em concessionário de serviço público. Torna-o apto a gerir bens e serviços públicos durante certo prazo, atribuindo-lhe, conseqüentemente, o dever de “o executar de forma adequada – subordinando-se a uma relação administrativa especial” (MOREIRA, 2022, pág. 85).

A concessão de serviço público é regida por um estatuto, ou seja, um conjunto de normas jurídicas definidoras dos “direitos e deveres de ordem pública unidos às prerrogativas administrativas e à relação administrativa especial” (MOREIRA, 2022, pág. 85) entre concedente e concessionário e que se projeta na prestação do serviço, atingindo todos os demais envolvidos (usuários e terceiros). O regime estatutário implica na limitação da autonomia da vontade, além de definir as prerrogativas administrativas que permitem a modificação unilateral do contrato, constituindo verdadeira relação administrativa especial, ou, como tradicionalmente se define, relação de especial sujeição.

O último elemento mencionado é contrato administrativo especial.

O regime do contrato de concessão decorre de legislação especial, principalmente a Lei n. 8.987/1995, e é diferente dos demais contratos ordinários da administração, assim entendidos aqueles “pactos de desembolso, em que a Administração dispõe de determinada cifra orçamentária e decide que a necessidade pública pode ser satisfeita por meio de específica obra, serviço ou entrega de bem”. Ao revés, o contrato de concessão é marcado por um conjunto original de prerrogativas e sujeições, oriunda de um projeto autossustentável, em que se “[...] especifica as prestações a serem adimplidas pelo concessionário e pelo concedente (reciprocamente e frente aos usuários) e suas cláusulas se prestam à interpretação objetiva da avença” (MOREIRA, 2022, pág. 87).

A concessão de serviços públicos se dá “por conta e risco” do concessionário. É o que está consignado no art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995.

Essa expressão não significa, todavia, que todos os riscos do empreendimento recaem sobre o concessionário. De acordo com Marcos Augusto Perez, ela “[...] não transfere normativamente todos os riscos da concessão ao

concessionário, mas tão somente aqueles que o negócio (o contrato), em função de suas condicionantes econômico-financeiras, estabelece” (PEREZ, 2006, pág. 115).

No mesmo sentido, Amauri Feres Saad explica que a Lei n. 8.987/1995 caracteriza as concessões por ela disciplinadas como sendo prestadas por conta e risco do concessionário (art. 2º, II e III). No entanto, essa atribuição é meramente indicativa, porque a própria legislação, em outros artigos (como no art. 23), impõe que o contrato deverá apontar em suas disposições o modo, forma e condições de prestação do serviço (inciso II), os direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações (inciso V), e os direitos e deveres dos usuários para a obtenção e utilização do serviço (inciso VI). Arremata destacando ser “implícita em tais dispositivos a ideia de que as cláusulas respectivas conterão a ‘matriz de risco’ de cada projeto, com a identificação dos riscos assinalados de parte a parte” (SAAD, 2019, pág. 215).

A organização do empreendimento, a sua gestão, a projeção e realização de investimento – fundadas na livre iniciativa –, e o dever de prestar serviço adequado recaem sobre o concessionário. Esse é o alcance da expressão “por conta”.

Como explica Egon Bockmann Moreira, ao concessionário é assegurada a autonomia de gestão, afinal, promoverá significativos aportes de recursos fundamentado nos seus próprios cálculos de rentabilidade dos investimentos. É, portanto, com base nas informações contidas no projeto básico e nos dados econômico-financeiros tornados públicos pelo concedente, além daqueles outros de caráter público, e da sua própria experiência, que o interessado irá desenvolver as projeções empresariais e se colocar na disputa para demonstrar a sua capacidade para se tornar o responsável pela prestação daquele serviço. Se, na licitação, o concorrente demonstre o preenchimento dos atributos técnicos e econômico-financeiros necessários, e faça, também, a melhor oferta, a sua proposta será a vencedora. Nesse contexto, deverá desempenhar por sua própria conta a gestão do serviço posta ao seu encargo (MOREIRA, 2022, pág. 111).

No tocante aos riscos, eles devem ter expressão numérica e devem ser encarados como um dos custos que compõem a proposta. Eles precisam ser

levantados, conhecidos e estimados, visando à estabilidade do projeto concessionário (MOREIRA, 2022, pág. 115).

Complementa Egon Bockmann Moreira que a ilusão da certeza jurídica e da imutabilidade dos contratos de concessão, por ocasião de sua celebração, não resistem ao início da execução. É impossível que, de antemão, as partes prevejam todas as intercorrências e as respectivas soluções, pois “os contratos de concessão são inábeis para especificar todas as vicissitudes futuras, tampouco as respectivas consequências jurídicas”.

Os contratos de concessão, ensina, são incompletíssimos, pois é composto por elementos naturalmente variáveis, como os acontecimentos no transcurso de sua execução; as condutas do concedente, do concessionário e dos usuários; as relações multilaterais; dependência de fatores que não dependem da vontade das partes; longo prazo; variações dos mercados; modificações legislativas; dentre outros. Assim, para que o projeto seja protegido ao máximo contra alterações arbitrárias do concedente, mas também para que seja suficientemente mutável para se adaptar às alterações das circunstâncias, exige-se o desenvolvimento firme e minucioso de estudos técnicos, de cláusulas contratuais e compromissos regulatórios. Em razão disso, busca-se a reinterpretação do texto legal “por sua conta e risco”, que “envolva tanto a dificuldade na definição dos riscos como a necessidade de eficaz, nítida e prévia distribuição da sua titularidade e respectivos efeitos”. A matriz de alocação de riscos, nesse contexto, desde que bem feita e realizada individualmente para cada projeto, parece ser indispensável nos contratos de concessão (MOREIRA, 2022, págs. 116-117).

Prossegue o estudioso argumentando que, uma vez identificados e quantificados, os riscos podem ser alocados entre as partes, conforme previsão do edital, da proposta do vencedor da licitação e do contrato. Em verdade, sempre há divisão de riscos, entretanto, é melhor que seja feita expressamente. A matriz de risco deve ser a regra nos contratos de concessão, o que permite extirpar dúvidas sobre quem titulariza esse ou aquele risco. É muito menos custoso definir antecipadamente e de forma consensual do que descobrir litigiosamente no futuro, após a concretização do risco. De todo modo, é evidente ser impossível prever e distribuir todos os riscos passíveis de se materializarem durante toda a execução do contrato. Mas deve-se buscar delinear o conjunto de possibilidade e prever as formas de atenuação das

consequências e das responsabilidades. É fundamental que as partes ajustem de que modo serão administrados esse ou aquele risco, definindo onde serão incluídos os custos, quem ficará responsável por supervisioná-lo e por tratar das suas sequelas. (MOREIRA, 2022, págs. 117-118).

Por fim, antes de prosseguir com a análise da matriz de alocação de riscos e da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, pertinente mencionar os dois alertas feitos por Egon Bockmann Moreira: o primeiro, sobre a necessidade da definição de mecanismos para a prevenção de danos; o segundo, de que a repartição de riscos não implica em garantia de lucros.

É necessário que o contrato contenha previsões capazes de prevenir danos ao equilíbrio econômico-financeiro que possam inviabilizar o projeto concessionário, a exemplo da diminuição substancial do valor da tarifa, por ato político do concedente. Nesse exemplo extremo, de nada adianta que o particular, após demorado e dispendioso processo judicial obtenha decisão que lhe seja favorável reconhecendo o desequilíbrio. Por vezes, “basta prestar o serviço em desequilíbrio durante 1 mês para frustrar todo um complexo projeto de investimentos de 30 anos”. Ainda que seja indenizado pelos danos, isso não resolve de forma imediata o problema instaurado na execução do serviço. E, em se tratando de serviços públicos indispensáveis, é necessário que existam garantias que desde logo protejam a sua estabilidade e garantam sua continuidade (MOREIRA, 2022, pág. 117-118).

Não se pode defender a tese abstrata e universal de que, pelo contrato de concessão, transfere-se de forma estanque, do concedente para o concessionário, a possibilidade de fracasso na prestação de um serviço público. Mas a repartição de risco não significa garantia de lucros. “A concessão não implica a instalação de esferas autônomas excludentes entre o ente público e a pessoa privada prestadora, o serviço será sempre público, e assim deve ser fornecido ao usuário” (MOREIRA, 2022, pág. 117-118).

Se é verdade que o risco de prejuízos é inerente à atividade empresarial, não se pode ignorar que a possibilidade de fracasso total do projeto concessionário deve ser reduzida ao mínimo possível, pois é dever legal do concedente fiscalizá-lo adequada e preventivamente, em particular quanto aos riscos a cargo do concessionário. “Afim, é o Estado quem deve garantir a prestação do serviço concedido. Se alguém há de experimentar os danos oriundos da gestão equivocada

dos riscos do negócio, este jamais pode ser o cidadão-usuário” (MOREIRA, 2022, págs. 117-118).

Expostas as noções gerais de concessão de serviço público e de suas características de maior relevância para o estudo de caso, passar-se-á a examinar o que se entende por matriz de alocação de riscos, e, em seguida, por equilíbrio econômico-financeiro.

2.2 MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS

A expressão legal “por sua conta e risco” prevista no art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995 não quer significar que o concessionário assume integralmente todo e qualquer risco inerente ao projeto concessionário, como apontado no tópico anterior. A própria legislação prevê em outros dispositivos a garantia do equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, XXI, CR/1988, art. 10, Lei n. 8.987/1995), além de arrolar situações que autorizam a sua recomposição (art. 9º, §§ 2º e 4º, Lei n. 8.987/1995), o que revela, ainda que implicitamente, a existência de uma cláusula de alocação de riscos, ou seja, uma repartição entre concedente e concessionário.

De uma forma geral, tradicionalmente se defende que ao concessionário são atribuídos os riscos ordinários do negócio, ao passo que sobre o concedente recaem os extraordinários.

Liana Claudia Hentges Cajal explica resumidamente, mas de modo bastante esclarecedor, como o risco nas concessões foi abordado entre os estudiosos, da teoria das áleas à matriz de risco.

De acordo com a autora, a clássica solução de alocação de riscos é denominada por teoria das áleas, segundo a qual se atribuem ao concessionário os riscos mercadológicos inerentes à atividade econômica, a chamada álea ordinária ou empresarial. Por outro lado, os riscos da álea extraordinária, que se subdivide em administrativa e econômica, dão ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato caso venham a se concretizar. A álea extraordinária administrativa corresponde às “ações adotadas pela administração pública, atuando no exercício dos poderes estatais (portanto, ações extracontratuais), mas que impactam em contratos dos quais ela também seja parte”. É o que se dá, por exemplo, com as alterações unilaterais do contrato de concessão ou os fatos do príncipe. A álea extraordinária

econômica, de sua vez, se resume a “eventos extracontratuais imprevisíveis e de consequências extraordinárias, que alcançam a sociedade e a economia em geral” (CAJAL, 2021, págs. 140-141).

Para ela, o art. 65, II, “d”, da Lei n. 8.666/1993 fez uma associação entre a álea extraordinária, especialmente em sua faceta econômica, e a teoria da imprevisão, “instituto do Direito Civil surgido na Idade Média e transplantado ao direito Administrativo contemporâneo”. Pela teoria da imprevisão, uma vez tornada demasiadamente onerosa a obrigação para um dos lados da relação jurídica, é viável a renegociação dos termos do contrato, na medida em que não mais estão presentes as condições que formaram a vontade no momento em que se formalizou o acordo (CAJAL, 2021, págs. 140-141).

Todavia, prossegue Liana Claudia Hentges Cajal, mesmo fundamentada na teoria da imprevisão, a teoria das áleas mostrou-se ineficiente sob um aspecto lógico: só se conhecia a parte para a qual o risco determinado era alocado após a materialização do prejuízo, o que, além de impedir que os contratantes se dedicassem à prevenção dos riscos, elevava “o grau de subjetividade, remetendo diversos conflitos ao Judiciário” (CAJAL, 2021, págs. 140-141).

Como resposta para superar essa ineficiência, inverteu-se a lógica. Agora, logo na assinatura do contrato, busca-se alocar especificamente todos os riscos passíveis de antecipação. Tudo isso de forma consensual. “Nasce, assim, um novo parâmetro para determinar o equilíbrio econômico financeiro: a matriz de risco” (CAJAL, 2021, págs. 140-141).

Explica Thiago Mesquita Nunes que a alocação de risco constitui o próprio fundamento sobre o qual erigida a ideia de equilíbrio contratual, e, por conseguinte, a lógica do reequilíbrio econômico-financeiro. Não é toda e qualquer ausência de correspondência equitativa entre as prestações de cada uma das partes que caracteriza a quebra da equação econômico-financeira do contrato. Do ponto de vista puramente econômico, um contrato de concessão pode estar desequilibrado, como decorrência do risco do negócio, sem que isso dê ensejo ao reequilíbrio. Apenas os fatos juridicamente qualificados pelo ordenamento jurídico (pela lei ou pelo contrato) e que impliquem na quebra do equilíbrio inicial é que dão ensejo ao seu reequilíbrio (NUNES, 2011, págs. 52-53).

Nesse sentido, Antônio Carlos Cintra do Amaral ensina que não basta que o desequilíbrio econômico-financeiro ocorra. É preciso que ele seja qualificado pelo ordenamento jurídico. Afinal, ele pode existir sem que dele provenha um dever de recomposição da equação inicial, e dele surja o correspondente direito ao rearranjo. O desequilíbrio é sempre econômico-financeiro, mas pode derivar do próprio risco do negócio, situação em que a concessionária não tem direito à revisão. “O desequilíbrio econômico-financeiro é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar o desequilíbrio jurídico” (AMARAL, 2009, pág. 28).

Esse deve ser o sentido dado ao disposto no art. 10 da Lei n. 8.987/1995, segundo o qual, sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Em outras palavras: a concretização de um risco alocado ao concessionário, ainda que impacte nas suas perspectivas de receita e de rentabilidade, não caracteriza desequilíbrio apto a acionar a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, pois, nesse contexto fático, as disposições contidas na avença permanecem integralmente observadas.

A despeito da ausência de previsão expressa da matriz de alocação de riscos na Lei n. 8.987/1995², a própria natureza do projeto concessionário (de alta complexidade, envolvendo investimentos vultosos, de longo prazo, dentre outras características) torna imprescindível a sua elaboração.

Uma observação pertinente: a Lei n. 14.133/2021 (nova lei de licitações e contratos administrativos), embora não se aplique de modo irrestrito às concessões comuns, pode servir-lhes de referência, inclusive com incidência subsidiária (art. 186). E, em seu art. 6º, XXVII, ela traz a definição do que se compreende por matriz de riscos:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

² Na Lei n. 11.079/2004, que cuida das parcerias público-privadas, há previsão expressa da repartição de riscos nos artigos 4º e 5º.

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

No art. 92, IX, da Lei n. 14.133/2021 há previsão da necessidade, quando for o caso, de cláusula que estabeleça a matriz de risco no contrato administrativo. Se para os de desembolso (obras, serviços e compras) exige-se que ela seja expressa, com muito mais razão nos contratos de concessão.

Há, ainda, o art. 103 de nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que trata da alocação de riscos³, apresentando as suas características.

³ Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

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

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

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

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

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

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

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

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

A importância da cláusula no contrato de concessão é sintetizada por Egon Bockmann Moreira, para quem o objetivo de se definir previa e consensualmente a matriz de risco é reduzir os custos de transação e de responsabilização quanto a eventos posteriores e incertos. Ao agir assim, as partes priorizam e mantêm o foco na execução do contrato e o imunizam de determinados eventos, ao invés de lançar a apuração da responsabilidade por esses eventos para o futuro, buscando a solução por meio da composição (negociação, mediação, dentre outros) ou mesmo por métodos heterocompositivos (arbitragem e processos judiciais). Os custos relativos são antecipados (MOREIRA, 2022, pág. 124-125).

Prossegue o autor ao afirmar serem as partes, no momento antecedente ao contrato, quem negociam a matriz de riscos. Ela “não é um dado (legislativo), mas um construído (transação)”. É o que ocorre, também, nos casos em que o edital constitui a matriz de riscos, e, aos potenciais contratantes, é admitida a avaliação da alocação proposta, mediante pedido de esclarecimentos ou impugnações. O interessado que decidir participar da licitação a ela adere, devendo precificar tais eventos, tais como distribuídos, em sua proposta e na composição material-cronológica da execução do contrato (MOREIRA, 2022, pág. 125).

Os riscos são fatos futuros e incertos que podem ser avaliados, arrolados, precificados e repartidos, e, por isso mesmo, devem ser partilhados previamente, de modo expreso e consensual. Há necessidade da divisão constar em documento certo, anexo ao contrato, privilegiando os riscos passíveis de serem gerenciados pela respectiva parte, tanto no aspecto técnico quanto no financeiro (MOREIRA, 2022, pág. 125).

A matriz de alocação de riscos caracteriza o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, dá-lhe em grande medida conteúdo, porquanto o contrato se considera equilibrado sempre que atendidas as suas condições. Não é possível compreender o contrato sem a sua análise e nem cogitar de seu (re)equilíbrio sem tomá-la por parâmetro.

Aliás, a nova Lei de Licitações contém previsão nesse sentido (art. 103, § 4º), de que ela definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

De acordo com Carlos Oliveira Cruz e Joaquim Miranda Sarmiento, a matriz de riscos deve conter: “a natureza de cada risco; o impacto financeiro se o evento ocorrer; a probabilidade de poder vir a ocorrer; a alocação do risco; possíveis mitigações do risco (que por regra ocorrem através de seguros, contratos com terceiros ou garantias)” (CRUZ e SARMENTO, 2020, pág. 173).

Liana Claudia Hentges Cajal destaca que a distribuição de riscos não pode ser aleatória. Por se tratar de “parâmetro determinante do equilíbrio econômico-financeiro”, a matriz de risco “deve ser construída a partir do princípio da eficiência e do interesse público, garantindo, assim, a estabilização do contrato, a viabilidade da concessão e a ininterrupção da prestação do serviço público” (CAJAL, 2021, pág. 142).

Ponto relevante de se anotar é a distinção entre riscos e incertezas.

Os conceitos não se confundem.

Na clássica lição de Frank H. Knight, os riscos são suscetíveis de mensuração ao passo que as incertezas não. A diferença prática entre as duas categorias, risco e incerteza, é que, no primeiro, a distribuição do resultado em um grupo de ocorrências é conhecida (seja por cálculo *a priori* ou por estatísticas de experiências passadas – duas formas de julgamentos probabilísticos), enquanto no caso da incerteza isso não é verdadeiro. Isso se deve, geralmente, pela impossibilidade de se formar um grupo de ocorrências, porque a situação tratada é, em alto grau, única. De acordo com o autor, o melhor exemplo de incerteza está relacionado ao exercício de julgamento ou à formação de opiniões sobre o curso futuro dos eventos, opiniões estas (e não conhecimento científico) que efetivamente guiam a maioria de nossa conduta. Agora, se a distribuição dos diferentes resultados possíveis em um grupo de ocorrências é conhecida, é possível eliminar qualquer incerteza real pelo expediente de agrupar ou consolidar as ocorrências. Mas que isso seja possível não significa necessariamente que será feito, e deve-se observar inicialmente que, quando apenas uma ocorrência individual está em questão, não há diferença de conduta entre um risco mensurável e uma incerteza não mensurável. O indivíduo, como já observado, lança sua estimativa do valor de uma opinião na forma de probabilidade de “a sucessos em b tentativas” (a/b sendo uma fração própria) e “sente” em relação a ela como em qualquer outra situação de probabilidade (KNIGHT, 1921, págs. 234-235).

Prossegue o autor afirmando que, como é tão comum nesse tema repleto de dificuldades lógicas e paradoxos, ressalvas devem ser feitas à declaração anterior. Em primeiro lugar, não importa quão única seja a ocorrência, se uma probabilidade real puder ser calculada, ou seja, se for possível saber com certeza quantos sucessos haveria em cem tentativas, se as cem tentativas pudessem ser feitas. Se for possível aferir as probabilidades contrárias, não importa em nada se a aposta é realizada em apenas um tipo de jogo ou em tantos jogos diferentes quantas são as apostas; as leis da probabilidade se aplicam no segundo caso tão bem quanto no primeiro. Mas em situações de negócios, é tão raro que uma probabilidade possa ser calculada para uma única ocorrência singular que esta qualificação tem menos peso do que se poderia supor. No entanto, até onde a probabilidade objetiva entra em um cálculo, é difícil imaginar um indivíduo inteligente considerando qualquer caso único como absolutamente isolado. A única exceção seria uma decisão em que toda a fortuna (ou a vida) estivesse em jogo. A importância da contingência e da provável frequência de recorrência na vida individual de situações semelhantes na magnitude das questões envolvidas deveria fazer diferença na atitude assumida em relação a qualquer caso, bem como na probabilidade matemática de sucesso ou fracasso (KNIGHT, 1921, págs. 234-235).

Uma segunda ressalva de maior importância está conectada com a possibilidade mencionada anteriormente, de formar classes de casos agrupando as decisões de determinada pessoa. Ou seja, mesmo que não se obtenha uma probabilidade quantitativa pelo processo de agrupamento, ainda há alguma tendência para que as flutuações se anulem e para que o resultado se aproxime da constância em algum grau. Parece haver na formulação de julgamentos os mesmos dois tipos de elementos que se encontra em situações de probabilidade propriamente ditas; por exemplo, (a) fatores determinados (a qualidade da faculdade de julgamento, que é mais ou menos estável) e (b) fatores verdadeiramente acidentais que variam de uma decisão para outra, de acordo com um princípio de indiferença. A diferença entre a incerteza de uma opinião e uma verdadeira probabilidade é que não temos meios de separar as duas e avaliá-las, seja por cálculo a priori ou por classificação empírica. Mas no segundo caso, a diferença não é absoluta; o método de classificação se aplica até certo ponto, embora dentro de limites estreitos. A vida é em sua maior parte feita de incertezas, e as condições sob as quais um erro ou perda em um caso podem ser

compensados por outros casos são complexas. Só se pode dizer que "na medida em que" alguém enfrenta uma situação envolvendo incerteza e a trata com base em seus méritos como um caso isolado, tem-se uma indiferença prática se a incerteza é mensurável ou não. (KNIGHT, 1921, págs. 234-235).

Em síntese: os riscos são estimáveis e projetados. São determináveis, mensuráveis, e, portanto, podem ser economicamente quantificados, muito embora sejam de imprevisível ocorrência. Podem ser precificados e atribuídos ou compartilhados. Como são passíveis de serem expressados numericamente, devem ser encarados como custos que compõem a proposta.

Por sua vez, as incertezas não são determináveis e nem quantificáveis. Via de consequência, não são "aprioristicamente cognoscíveis nem administráveis", conforme lição de Egon Bockmann Moreira. Complementa ele que na mesma proporção em que somente os riscos podem ser alocados sob a responsabilidade de uma das partes (e não as incertezas), eles devem ser "calculados de modo transparente e tais cálculos precisam se mostrar representativos de um mínimo de realidade subjacente ao futuro contrato administrativo". Se se pretende imputar incertezas ao agente privado, a consequência é a ruptura da razão de ser mesma da garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos (MOREIRA, 2022, pág. 126).

A não ser assim, para se resguardar das incertezas, eventos incertos, não administráveis e de impactos incomensuráveis, o concessionário haveria de provisionar valores para cobrir os custos dessas ocorrências, que, em regra, não são seguráveis – por não constituírem propriamente riscos –, repassando-os necessariamente aos usuários, mesmo que os eventos extraordinários não viessem a ocorrer. Esse raciocínio vai de encontro à determinação legal da prestação de serviço adequado (art. 6º, § 1º, Lei n. 8.987/1995), no seu viés de modicidade das tarifas. A incorporação da incerteza como custo implica no seu repasse ao usuário, elevando a contraprestação pelo serviço.

A elaboração de matriz de riscos, de modo consensual, com as diretrizes acima apontadas, excluindo-se de sua estrutura as incertezas, define a responsabilidade de cada parte pela concretização de determinados riscos, antes mesmo de sua ocorrência, com base em experiências pretéritas e boas práticas. Evita-

se, com isso, a discussão acerca do elemento subjetivo. A apuração da responsabilidade passa a ser, então, imediata e objetiva.

Por fim, é importante ponderar acerca do questionamento levado a efeito por Egon Bockmann Moreira: “o que acontece em casos de surpresa absoluta, em que o inesperado assume outra dimensão existencial e dá novo significado aos riscos alocados? Como preservar o contrato administrativo e o interesse público nele positivado?” (MOREIRA, 2022, pág. 128).

A questão é relevantíssima para a dissertação, haja vista que se está a examinar justamente os impactos da pandemia da COVID-19 e de seus desdobramentos no contrato de concessão de transporte coletivo urbano municipal.

A resposta sugerida pelo autor está na ressignificação do conceito de “força maior”. Primeiro, ele aponta que a força maior (e expressões conexas, como caso fortuito) possui três elementos: (i) o evento há de ser extraordinário, excepcional, e deve ocorrer após a contratação; (ii) deve impossibilitar a prestação contratada (não apenas torná-la mais dispendiosa); e, (iii) o evento deve ser “alheio à esfera subjetiva de quaisquer pessoas, especialmente do devedor” (MOREIRA, 2022, págs. 128).

Entretanto, a presença desses três elementos não implica necessária e automaticamente na “desoneração do devedor”. Há de ser apreciada a questão subjetivamente, a partir do seguinte ponto de vista: “até que ponto o devedor pode (ou não) romper o nexo de causalidade entre a força maior e a execução contratual?” (MOREIRA, 2022, págs. 128).

Explica Egon Bockmann Moreira que se deve tomar ciência de que a matriz de riscos está sujeita aos “limites do humanamente possível”, porque não abrange (e nem poderia abarcar) o inacreditável, ou seja, aquele risco que se converte em incerteza. Assim que a força se tornar efetivamente muito maior do que o estabelecido na avença, do que foi estatuído em sua matriz de risco, e, até mesmo, do que a própria capacidade dos contratantes, “surgirá o dever de preservar – ou rescindir – o contrato administrativo de outras formas”, ainda que não naqueles modos dispostos consensualmente pelas partes. A força maior pode, portanto, criar nexo de causalidade que quebre a lógica entre a matriz de riscos pactuada e a execução do contrato, tornando as partes incapazes de superá-la (MOREIRA, 2022, págs. 128-129).

No mesmo sentido, Liana Claudia Hentges Cajal afirma que, a despeito de sua imprescindibilidade, “a matriz de risco não tem o condão de esgotar toda a compreensão da equação econômico-financeira do contrato. É possível imaginar a concretização de situações imprevisíveis ao momento da contratação e que, por isso, não estejam contempladas na repartição de riscos” (CAJAL, 2021, pags. 142-143).

E prossegue assentando que a matriz de risco é um instrumento regulatório que atribui, de forma pontual e consensual, todos os riscos antecipáveis. Endereçar o risco da incerteza implica desnaturar o próprio instrumento.

Explica Letícia Lins de Alencar que mesmo antevendo determinados riscos, o campo da incerteza é vastíssimo e circunda a execução dos contratos de concessão, naturalmente complexos e com longos prazos. Assim, prever a solução, de antemão, para todo e qualquer impasse que venha a se materializar é de todo indesejável e inócuo, porque a eventual incorporação de riscos absolutamente genéricos (incertezas) constitui prática temerária e pode até mesmo “comprometer a contínua e adequada execução do contrato de concessão” (ALENCAR, 2020, pág. 66).

Arremata Liana Claudia Hentges Cajal que, havendo a materialização do risco, é possível que se encontre uma “cadeia intercalada de distintos riscos sobrepostos de responsabilidade distinta em cada caso”, situação na qual se recomenda a identificação da preponderância do risco que desencadeou os demais eventos extraordinários e resultou nos múltiplos distúrbios verificados na equação contratual (CAJAL, 2021, págs. 148-149).

Defende a autora que o raciocínio é o mesmo quando a origem das reações provém de uma incerteza, e não de um risco. Em outras palavras, “os reflexos dessa incerteza não devem ser forçadamente enquadrados como riscos previstos na matriz” (CAJAL, 2021, pág. 149).

Ilustrativo o exemplo citado:

“O risco de variação de demanda é tradicionalmente alocado aos concessionários, principalmente quando a remuneração do particular decorre de tarifas cobradas pela utilização do serviço concedido. A previsão refere-se, entretanto, ao risco de variação ordinária da demanda, aquela decorrente da flutuação natural do mercado. Caso se verifique que a variação da demanda é mero elo de uma reação em cadeia gerada por uma incerteza, para garantir a continuidade da concessão, deve-se trabalhar com o cenário de materialização da incerteza, na qual a variação da demanda é reflexo do evento cerne.

A matriz de risco, portanto, não se mostra capaz de esgotar integralmente a compreensão da equação econômico-financeira do contrato. Se há materialização de situações inimagináveis no momento da contratação, ou seja, se há concretização de incertezas, é necessário o uso de outros mecanismos legais e/ou instrumentos regulatórios” (CAJAL, 2021, pág. 149).

No mesmo sentido é o raciocínio de Egon Bockmann Moreira, segundo o qual se houver efetiva e radical modificação das condições objetivas do pacto (art. 10, Lei n. 8.987/1995), prejudicando a base objetiva do negócio – assim compreendida as circunstâncias fáticas e econômicas nas quais o negócio foi celebrado –, a própria distribuição consensual dos riscos poderá experimentar os efeitos deletérios dessa interferência durante a execução do contrato. Se a matriz de risco é igualmente um negócio jurídico, fruto da vontade das partes, firmado sob certas circunstâncias existentes e previsíveis por ocasião de sua celebração, “ela não tem o condão de inibir os efeitos do objetivamente inevitável”. Sendo assim, a depender do impacto sofrido, a obrigatoriedade da matriz precisará “ser igualmente reinterpretada, modulada e adaptada” (MOREIRA, 2022, pág. 129).

É evidente que a matriz de riscos, cuja finalidade é reduzir custos do contrato e preservar a relação jurídico-contratual, deve ser mantida até o encerramento do negócio, inclusive para evitar condutas abusivas das partes visando à atenuação de custos ou aos lucros excessivos. No entanto, a sua aplicação não pode subverter a sua razão de ser, inviabilizando a continuidade da prestação dos serviços. Havendo a quebra da base objetiva na qual ela se sustenta, por circunstâncias posteriores excepcionais, imprevisíveis e irresistíveis, de consequências incalculáveis, ela poderá ser repensada em conjunto pelas partes.

Como arremate, e considerando a excepcionalidade da medida e a necessidade de adequada motivação (art. 50, §1º, da Lei n. 9.784/1999 e artigos 20 e 21 da LIND – Decreto-Lei n. 4.657/1942), Egon Bockmann Moreira propõe um procedimento para a revisão da matriz de alocação de riscos, composto por seis passos, a saber:

Primeiro: a revisão é privativa das partes signatárias, fundada na discricionariedade administrativa e na liberdade de empresa, mas, com foco na preservação do contrato concessionário (interesse público).

Segundo: deve haver demonstração do nexo causal, cronologicamente adequado, entre o risco que se pretende readequar e o evento excepcional que impactou fortemente no contrato de concessão, ou seja, “há de comprovar que o evento extraordinário está além da capacidade de as partes o administrarem. (...) Não se trata apenas de prejuízo significativo (desautorizador da revisão), mas de evento concreto superior à capacidade das partes” (MOREIRA, 2022, pág. 130-131).

Terceiro: o procedimento deve ser o mais transparente possível, inclusive, se possível, com consulta pública e participação/manifestação de órgãos de controle. Ao aditivo à matriz de risco deve ser dada ampla publicidade.

Quarto: a solução não poderá beneficiar apenas uma das partes, mas obedecerá ao escopo de preservação do contrato administrativo. Nas suas palavras, “a revisão da alocação original de riscos não se dirige a trazer vantagens econômico-financeiras nem ao concedente nem ao concessionário. A sua razão de ser está no prestígio ao projeto concessionário” (MOREIRA, 2022, pág. 130-131).

Quinto: a realocação dos riscos “não deve ser meramente distributiva (quem vai arcar com o ônus), mas precisa direcionar à preservação do valor social do contrato e no desenvolvimento da relação de longo prazo” (MOREIRA, 2022, pág. 130-131).

Sexto: o termo aditivo deve prever prazo de reavaliação, com periodicidade certa.

2.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Tradicionalmente, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, e com base na doutrina desenvolvida no Direito Francês, o equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviço público tem sido definido como a relação necessária entre os deveres fixados na outorga e o lucro então ensejado ao concessionário. Nas suas palavras, “uns e outro, segundo os termos compostos na época, como pesos distribuídos entre dois pratos da balança, fixam uma igualdade de equilíbrio”. Esse equilíbrio deve ser preservado. A igualdade, no entanto, é dinâmica e se altera necessariamente toda vez que se impõem ou se agravam os encargos do concessionário. A fim de manter a balança equilibrada, ou seja, a proporcionalidade, o concedente deve “recompor

economicamente o concessionário quando modificar a grandeza de seus ônus”. (MELLO, 2008, p. 726).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que o equilíbrio econômico-financeiro é “a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração” (2017, pág. 368).

Marçal Justen Filho, por sua vez, explica que a expressão equilíbrio econômico-financeiro indica uma forma de correspondência entre encargos e retribuições para as partes. Os encargos e as retribuições estão numa relação de equivalência. A expressão “equilíbrio esclarece que o conjunto de encargos é a contrapartida do conjunto de retribuições, de molde a caracterizar uma equação” (JUSTEN FILHO, 2003, pág. 385).

Em excelente artigo sobre o tema, Gustavo Kaercher Loureiro e Marcos Nóbrega sintetizam o que denominam de “tradicional teoria do equilíbrio econômico-financeiro”, apresentando suas postulações:

“Primeiro: a existência de determinada equação econômico-financeira estabelecida no ato de celebração da concessão, plenamente identificável (e efetivamente identificada por imposição jurídica). Essa equação original – concebida nos moldes dos contratos bilaterais onerosos e sinalagmáticos do direito civil – contraporia o conjunto de todos os ‘ingressos’ esperados do concessionário (sob as condições iniciais da concessão), com o conjunto de todas as ‘saídas’ também esperadas do concessionário (sob as condições iniciais da concessão). Versões mais sofisticadas dessa equação incluem aqui, além dos ingressos e saídas (como quer que sejam concebidos), outros elementos, como o prazo da avença. Na essência, porém, segue-se concebendo a equação como a concebera, há mais de 100 anos, o Conselho de Estado francês.

Segundo: essa equação original (ou equação do momento T0 – ‘equação T0’), uma vez fixada, deveria ser protegida ao longo de todo o tempo de duração do contrato de concessão em face de determinados eventos supervenientes que viessem a abalá-la (desfazê-la).

Terceiro: esses eventos supervenientes em face dos quais a equação T0 deveria ser resguardada seriam espécies do gênero ‘álea extraordinária’, notadamente: a) alterações unilaterais do contrato promovidas pela concedente; b) fatos de autoridades distintas da concedente – ou mesmo da autoridade concedente atuando nas vestes de poder público, e não de contratante (‘fato do príncipe’); c) eventos independentes da vontade das partes e fora de controle delas, de caráter imprevisível e extraordinário (com variações acerca dessas últimas duas notas), configuradores da álea econômica extraordinária.

Residualmente (por negação), obtinha-se a classe complementar da 'álea ordinária' cujos efeitos na (suposta) equação não seriam objeto de neutralização, para o bem ou para o mal. Costuma a doutrina elencar como típicos eventos de álea ordinária os efeitos na equação decorrentes de eficiência/ineficiência do concessionário, acontecimentos econômicos normais e corriqueiros etc.

Quarto: diante da ocorrência de alguns acontecimentos reconduzíveis à álea extraordinária, cumpriria ao concedente neutralizar seus efeitos para o concessionário, restaurando a equação original T0 – ou evitando de antemão o abalo. A álea ordinária não teria esse efeito jurídico e deveria ser suportada pelo concessionário. O principal, ainda que não único, mecanismo mediante o qual essa neutralização se daria seria a alteração – para mais ou para menos – da tarifa.

Quinto: postula a teoria tradicional que esses elementos estão solidamente fixados na Constituição, em particular em seu art. 37, XXI, e que o EEF (equilíbrio econômico-financeiro) é irrenunciável, pois serve à higidez do serviço público, ainda que seja estabelecido como direito do concessionário”.

Após elencar os pontos acima, os autores os desconstituem um a um, defendendo, inclusive, a ausência de previsão constitucional e infraconstitucional completa, sistemática e compacta que a teoria tradicional faz supor. Na verdade, defendem que o que se tem é um “um quadro normativo lacunoso, fragmentado e, em grande medida, flexível (porque genérico)”. Em outras palavras, o direito positivo brasileiro não é tão completo, sistemático e compacto como a tradicional teoria do equilíbrio econômico-financeiro supõe. É verdade que, a despeito disso, há identidade de vocábulos ou tipologias de eventos conhecidos da tradição, mas isso não é o bastante para que se conclua que o ordenamento jurídico “reproduziu os significados, os conceitos, os institutos e os preceitos da teoria tradicional, em toda sua extensão”. Não há definição normativa do que vem a ser equilíbrio econômico-financeiro; não se postula a manutenção da equação inicial; o tratamento das diferentes áleas (ordinária e extraordinária) não é sempre idêntico; não se proscree a utilização de mecanismos que reconfigurem continuamente o arranjo econômico da concessão, dentre outros aspectos. Há várias lacunas a serem completadas por escolhas e pelo bom uso da discricionariedade do regulador. O que se pode aceitar, no máximo, é que o direito positivo nacional constituiu, de modo pontual, aspectos parciais da tradicional teoria do equilíbrio econômico-financeiro, como se pode observar no art. 9º, § 4º, da Lei n. 8.987/1995; ou, então, que a teoria serve como diretriz hermenêutica para quem estiver de acordo com ela, sugerindo (e não impondo), determinada interpretação possível de certo dispositivo (LOUREIRO e NÓBREGA, 2021, pág. 96-97).

A par da concepção tradicional do equilíbrio econômico-financeiro, que dá luz à ideia, mas, por outro lado, não é suficiente para a sua plena compreensão, e nem a sua operacionalização em face de casos concretos, outras considerações podem ser acrescentadas.

E o ponto de partida deve ser o artigo 10 da Lei n. 8.987/1995, que vincula equilíbrio econômico-financeiro às “condições do contrato”.

É de se notar que a lei não faz menção a termos como “imprevisível”, “extraordinário”, “irresistível”, “lesão enorme”, “onerosidade excessiva”, dentre outras similares. O foco está no conteúdo de cada contrato singularmente considerado.

Consoante ensina Egon Bockmann Moreira, a própria expressão equilíbrio econômico-financeiro revela a “posição estável do projeto concessionário no que respeita à administração de seus recursos materiais (economia) e ao capital disponível para tanto (finanças)”. A noção de equilíbrio pressupõe oscilações naqueles dois aspectos. Sob o ponto de vista econômico, analisa-se a viabilidade e o retorno do projeto com base em métricas, como, por exemplo, o VPL do projeto. No evento de algum fato que o desequilibra, como a adição de novos investimentos, o contrato precisa ser reequilibrado com a finalidade de manter a sua viabilidade econômica. Por outro lado, a perspectiva financeira cuida da geração de fluxo de caixa do projeto, em outras palavras, da capacidade de produzir liquidez para suportar as obrigações da concessionária (MOREIRA, 2022, pág. 363-364).

É fundamental acentuar a característica dinâmica do equilíbrio econômico-financeiro, no sentido de que importa preservar a base objetiva do contrato, ainda que por meio da mutação das prestações cometidas às partes.

A noção vai muito além de mera igualdade quantitativa de receitas e despesas (encargos x receitas) ou mesmo de observância do binômio edital – proposta vencedora, ou, ainda, de singela equação com duas ou mais variáveis estáticas no tempo e espaço.

Letícia Lins de Alencar acentua que, a despeito de a proposta do licitante vencedor ser imprescindível, há grande variedade de fatores que também precisam ser ponderados, como, por exemplo, da perspectiva do concessionário, a expectativa original de receitas, tarifárias e não tarifárias, a serem obtidas; os custos e desembolsos levados a efeito no cumprimento das suas obrigações, o que, inclusive, pode envolver a assunção de mão de obra; celebração de ajustes com terceiros;

contratação de financiamentos; compra de insumos; execução de obras; obtenção de seguros; eventual adimplemento de outorga ao poder concedente e de taxas de fiscalização a órgão reguladores; atendimento da matriz de riscos do contrato, dentre outras obrigações (ALENCAR, 2021, pág. 132).

Complementa Egon Bockmann Moreira que não se está diante tão somente da “igualdade quantitativa entre receitas e despesas”, mas da “equação estabelecida entre o custo de oportunidade do capital, o investimento realizado, os fluxos de receitas e despesas e respectivas projeções de longo prazo”. Essas circunstâncias foram todas elas definidas em determinado momento fático, sob o influxo de específico arcabouço normativo-institucional que positivou específica matriz de alocação de riscos. O equilíbrio econômico-financeiro “se dá quando o capital destinado a um negócio é remunerado a uma taxa que compense não só o custo normal de oportunidade do capital mas também o risco do negócio”. Trata-se da relação necessária entre custos (de oportunidade e administrativos), riscos, investimentos, amortizações e lucros (MOREIRA, 2022, pág. 365).

Fundamental compreender, destaca o citado autor, que a disciplina das concessões de serviços públicos traz consigo um núcleo contratual que se pretende intangível, imune a futuras alterações, sejam elas decorrentes da política, de novas regulações ou de ordem econômica. É desse núcleo que trata a equação econômico-financeira dos contratos. Ela condiciona diretamente a regulação subsequente, que fica limitada quando se trata de modificar substancialmente os seus termos. A regulação futura, portanto, é determinada em boa medida pelas opções técnicas e políticas adotadas pelo governo que outorga as concessões, porque é nesse momento que “se desenha, por assim dizer, o coração do compromisso regulatório”. As opções primárias de política pública, materializadas institucionalmente na legislação e nos decretos regulatórios, são concretizadas nas condições do contrato. Essa é a chave para o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro (MOREIRA, 2022, pág. 365).

A equação econômico-financeira é da própria essência do contrato de concessão e da sua observância dependem a sua execução, e, em última análise, a continuidade mesma do serviço público e a exigência de que ele seja prestado de forma adequada.

Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira menciona elucidativo julgado do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu ser da própria natureza desse contrato administrativo a garantia do equilíbrio econômico-financeiro:

“Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do CDC, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários” (STJ, REsp nº 572.070-PR, Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.6.2004). (MOREIRA, 2022, pág. 365).

Portanto, diante dessa ótica e da pluralidade de variáveis que influenciam na definição do equilíbrio econômico-financeiro, a questão que se sucede é de que modo ele há de ser calculado. Como estimar uma taxa de rentabilidade que compense a assunção da prestação do serviço público pelo particular, e que, ao mesmo tempo, implique na sua execução de forma adequada e contínua aos usuários.

Indispensável tecer alguns comentários sobre as técnicas de avaliação do Valor Presente Líquido – VPL e da Taxa Interna de Retorno – TIR, que, apesar de não serem as únicas, são as de maior relevância para o trabalho.

2.3.1 Valor Presente Líquido - VPL

Para tentar compreender essas noções (VPL e TIR) – muito mais afetas à economia e às finanças –, são necessários alguns pressupostos.

A ideia de custo é um deles.

Para os economistas, diferentemente da noção vulgar de “quantidade de dinheiro gasto em algo”, o “custo de qualquer coisa é o valor que deve ser sacrificado para a sua obtenção” (MOREIRA, 2022, pág. 367). Num projeto concessionário, há somente a estimativa de uma futura rentabilidade. Para que o dinheiro hoje disponível (e com potencial rentabilidade em outros investimentos) nele seja aplicado, é necessário que as perspectivas de ganho sejam superiores ao que se deixou de perceber caso injetado em outras aplicações.

Joseph E. Stiglitz e Carl E. Walsh elucidam que investir em alguma coisa equivale a não poder usar os mesmos recursos em outra. O custo de oportunidade é medido pelo melhor uso alternativo de qualquer recurso quando se decide investi-lo numa determinada atividade. Como a taxa de juros, em geral, é positiva, o dinheiro de hoje é mais valioso do que no futuro, o que se denomina nas ciências econômicas de “valor do dinheiro em termos de tempo”. A noção de valor presente informa como medir o valor do dinheiro em termos de tempo. Muitas decisões econômicas são orientadas para o futuro, daí a importância de saber qual é o valor do dinheiro no tempo, ou seja, é preciso ter conhecimento de quanto dinheiro será recebido em 1, 2, 5 ou 10 anos (*in* MOREIRA, 2022, pág. 376).

De acordo com Egon Bockmann Moreira o Valor Presente Líquido – VPL é “a fórmula de Matemática Financeira que considera o valor do dinheiro no tempo: o valor presente de pagamentos futuros descontado a uma taxa apropriada, menos o custo do investimento inicial”. Por meio dessa fórmula é possível equalizar no tempo, em valores presentes, “a soma dos benefícios e custos projetados ao longo do prazo do investimento” (MOREIRA, 2022, pág. 368).

Ao se calcular a taxa e descontá-la do fluxo de caixa é possível dimensionar a rentabilidade do empreendimento. Também chamada com frequência de “taxa de desconto, retorno exigido, custo do capital ou custo de oportunidade”, O Valor Presente Líquido – VPL é o retorno mínimo que deve ser alcançado num projeto para que permaneça o mesmo o valor de mercado da empresa (MOREIRA, 2022, pág. 368).

Essa taxa (VPL) estabelece uma proporção entre os custos do projeto e os benefícios dele provenientes. Se seu valor for positivo, isso significa que as entradas serão maiores do que as saídas, tornando atrativo o investimento. Os desembolsos de hoje resultarão em ganhos futuros (ao menos nas projeções). O contrário também é verdadeiro. Sendo ele negativo, aponta-se para um investimento, ao menos em tese, não atrativo. Como se depreende da fórmula acima anunciada, o Valor Presente Líquido – VPL pressupõe um investimento inicial (MOREIRA, 2022, pág. 368).

Egon Bockmann Moreira ressalta que o dinheiro e o curso do tempo estão relacionados entre si, e as unidades monetárias de hoje valem mais que no futuro. Se bem investido, o dinheiro pode render ainda mais dinheiro, e essa qualidade da disponibilidade financeira atual não pode ser menosprezada nos cálculos financeiros.

É assim que as unidades monetárias que hoje ingressam no caixa do projeto concessionário (e as que dele saem) “não podem ser comparadas por meio de simples adições àquelas que daqui a 10 anos ingressarão ou deixarão o mesmo caixa” (MOREIRA, 2022, pág. 368).

Desse modo, por meio dessa técnica do Valor Presente Líquido – VPL, “tanto as entradas como as saídas são tratadas como dinheiro presente”, estabelecendo-se o marco temporal que permitirá a comparação entre receitas, despesas e lucratividade (MOREIRA, 2022, pág. 368).

2.3.2 Taxa Interna de Retorno – TIR

Quanto à Taxa Interna de Retorno – TIR, Egon Bockmann Moreira explica que a TIR se cuida de um índice relativo capaz de mensurar a rentabilidade do investimento por unidade de tempo. Exerce função semelhante a de uma taxa de juros sobre o valor do investimento, e a sua definição deve espelhar o custo de oportunidade dos investidores e os riscos do projeto de investimento (MOREIRA, 2022, pág. 369).

A noção de custo de capital é primordial para se compreender Valor Presente Líquido – VPL e Taxa Interna de Retorno – TIR, e a relação entre ambas as noções, na medida em que “a TIR torna o valor presente das entradas de caixa igual ao valor presente das saídas de caixa – pois dentre as saídas está a remuneração do capital investido (o VPL é nulo)” (MOREIRA, 2022, pág. 369).

Nesse mesmo sentido, Eugênia Cristina Cleto Marolla, Camila Rocha Cunha Viana, Rafael Carvalho de Fassio e Rodrigo Augusto de Carvalho Campos explicam que a Taxa Interna de Retorno – TIR torna nulo o valor presente líquido das entradas e saídas do fluxo de caixa ao longo de todo o prazo da concessão. Não há vinculação a fatores externos ao projeto. O que se procura alcançar é uma única unidade capaz de sintetizar os méritos do projeto (MAROLLA *et al.*, 2013, pág. 203).

A Taxa Interna de Retorno – TIR não leva outro elemento em consideração que não o próprio fluxo de caixa do projeto, “sendo estimada para a projeção do fluxo total de entradas e saídas” (MAROLLA *et al.*, 2013, pág. 203).

Somente é possível obter a Taxa Interna de Retorno – TIR após o período integral da concessão, ou seja, no último dia do prazo, muito embora ela possa ser utilizada como parâmetro de rentabilidade anual do projeto. Se, por exemplo, dado

projeto possuir uma Taxa Interna de Retorno – TIR de 20% ao ano, não quer dizer que em cada ano, isoladamente considerado, esse resultado será alcançado. É comum que, nos primeiros anos, as saídas (despesas, investimentos) sejam significativamente maiores do que as entradas, “o que pode, inclusive, tornar a TIR isolada desses anos negativa”. Entretanto, com o desenvolver do projeto concessionário, a tendência é a inversão (entradas maiores que saídas), a compensar o prejuízo inicial do concessionário (MAROLLA *et al.*, 2013, pág. 203).

Ao aportar recursos num projeto de infraestrutura, os investidores levam em consideração a rentabilidade que dele poderá resultar. Somente depois de comparar os retornos esperados do empreendimento com as demais oportunidades de mercado é que a decisão é tomada. É por isso que o fluxo de caixa projetado por todo o período da concessão é fundamental na “tomada de decisão daqueles que pretendem participar do projeto. A ponderação dos riscos e dos retornos a longo prazo são balizas importantes para a decisão sobre o investimento” (MAROLLA *et al.*, 2013, pág. 203).

A relevância e os pontos positivos da utilização dessa metodologia nas concessões de serviços públicos são destacados por Egon Bockmann Moreira, que destaca que o uso da Taxa Interna de Retorno – TIR nas concessões visa à estruturação de critério objetivo para se calcular o equilíbrio econômico-financeiro. “Ela possibilita de modo predefinido, a fim de refletir a estimativa do agente privado quanto à rentabilidade necessária para compensar a atividade pública que lhe será outorgada”. Essa estimativa de rentabilidade é de conhecimento tanto do concedente como dos órgãos de controle. Assim, é possível construir expectativas futuras sobre o cenário-base, que servirá de parâmetro para a decisão de investimento pelo parceiro privado. “Esse modelo de análise de investimentos se vincula a elementos internos do projeto, consubstanciado em seu fluxo de caixa”. Ou seja, são os próprios méritos do empreendimento que permitem avaliar a sua rentabilidade. Esse indicador permite comparar a expectativa de retorno do projeto, consolidada à época da participação do certame e da assinatura do contrato, com “os cenários efetivamente encontrados durante sua execução” (MOREIRA, 2022, pág. 369).

A Taxa Interna de Retorno – TIR corresponde, pois, à rentabilidade projetada de determinado empreendimento, isto é, “sinaliza a taxa necessária para igualar o valor de um investimento (valor presente) com seus respectivos retornos futuros, justificando (ou não) que o empresário assumo o risco do investimento”. Denomina-

se Taxa de Retorno Interna pois é calculada com base apenas no respectivo fluxo de caixa, sendo, portanto, um valor intrínseco a ele. O fluxo de caixa de determinado projeto de investimento significa “a previsão de recebimentos (aspectos positivos: entradas de caixa) e pagamentos (aspectos negativos: saídas de caixa) projetada para períodos de tempo prefixados (anual, trienal etc.).” (MOREIRA, 2022, pág. 370).

Sobre o tema, elucidativa a decisão do Tribunal de Contas da União na Rp TC-014.811/2000-0, de relatoria do Ministro Walton Alencar (DOU 11.11.2002):

“O fluxo de caixa é o instrumento que permite, a qualquer instante, verificar se a Taxa Interna de Retorno original está sendo mantida. Cabe ressaltar que a TIR é extraída diretamente da proposta vencedora da licitante e expressa a rentabilidade que o investidor espera do empreendimento. Em termos matemáticos, a TIR é a taxa de juros que reduz a zero o Valor Presente Líquido do fluxo de caixa, ou seja, a taxa que iguala o fluxo de entradas de caixa com as saídas, num dado momento. Assim, pode-se dizer que a manutenção da TIR é garantia tanto do Poder Público quanto da concessionária, e sua modificação dá ensejo à revisão contratual, na forma prevista na lei e no contrato”.

Como a TIR é elaborada com base no fluxo de caixa projetado, ao longo da execução do contrato poderão surgir eventos que impactarão diretamente na sua rentabilidade, daí a necessidade de aferição matemática deles e alocação “entre as partes a partir da matriz de risco definida no contrato, de modo a realinhar a TIR ao seu valor ótimo e reequilibra-lo, se for o caso (Lei nº 8.987/1995, art. 9º, §§2º e 4º, e art. 10)” (MOREIRA, 2022).

Eugênia Cristina Cleto Marolla, Camila Rocha Cunha Viana, Rafael Carvalho de Fassio e Rodrigo Augusto de Carvalho Campos complementam afirmando que, quando se usa a Taxa Interna de Retorno – TIR como metodologia de reequilíbrio, ela é utilizada, além de taxa de desconto, também como parâmetro para a verificação da ocorrência do desequilíbrio. Nesses casos, “o fluxo de caixa do plano de negócios original é utilizado como a própria equação econômico-financeira do contrato” (MAROLLA *et al.*, 2013, pág. 204).

Ressaltam os autores, finalmente, que os parâmetros que figuram no plano de negócios e o fluxo de caixa do projeto são definidos pelo Poder Concedente no edital de licitação, em planilhas, que são completadas com os dados apresentados pelo concessionário em sua proposta (MAROLLA *et al.*, 2013, pág. 204).

Nesse ponto em particular vale o alerta de Maurício Portugal Ribeiro e de Felipe Sande sobre a equivocada percepção corrente na doutrina de que o uso da Taxa Interna de Retorno - TIR como parâmetro para reequilíbrio implicaria necessariamente em desrespeito ou em distorção da distribuição de riscos do contrato.

Analisando alguns artigos sobre o tema, os autores explicam que isso só viria a ocorrer se o uso da Taxa Interna de Retorno – TIR para Reequilíbrio fosse realizado sem a prévia avaliação sobre quem recai o risco do evento que implicou no desajuste. Acontece que o reequilíbrio do contrato por aumentos de custos ou redução de receitas só deve ocorrer se o risco do evento de desequilíbrio estiver alocado ao concedente. Ao contrário, se ele estiver imputado ao concessionário, o reequilíbrio simplesmente não deve ocorrer, porque, a bem da verdade, não há evento de desequilíbrio, e, conseqüentemente, os efeitos do incremento dos custos e da minoração das receitas simplesmente “não são incluídos na planilha representativa do plano de negócios para cálculo do desequilíbrio e do reequilíbrio do contrato” (RIBEIRO e SANDE, 2020, pág. 168).

Todavia, se o risco do evento de desequilíbrio é do concedente, deve-se lançar na planilha representativa do fluxo de caixa os aumentos de custos ou reduções de receitas, para, em seguida, se calcular o valor do reequilíbrio a ser realizado, seja mediante aumento de receitas (majoração da tarifa, por exemplo), seja pelo aumento do prazo do contrato, seja por meio da redução de custos (cortes de investimentos ou de custos operacionais), ou por outros meios admitidos, com a finalidade de atingir a Taxa Interna de Retorno – TIR para Reequilíbrio (RIBEIRO e SANDE, 2020, pág. 168).

Feitas essas breves anotações sobre as técnicas de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro, cogitar-se-á o uso da Taxa Interna de Retorno - TIR como meio de neutralizar os desequilíbrios durante a execução do contrato de concessão.

2.3.3 A Taxa Interna de Retorno – TIR como parâmetro para o reequilíbrio econômico-financeiro

Segundo as lições de Maurício Portugal Ribeiro e de Felipe Sande, é fundamental deixar claro de qual uso possível da Taxa de Interna de Retorno - TIR se está a tratar⁴, para evitar incompreensões e confusões.

Utilizar-se-á a Taxa Interna de Retorno - TIR para Reequilíbrio. Nessas circunstâncias, ela é aplicada “apenas como uma taxa destinada a deslocar valores no tempo com objetivo de neutralizar os impactos sobre a rentabilidade do projeto da ocorrência de eventos de desequilíbrio” (RIBEIRO e SANDE, 2020, pág. 159).

A dinâmica da utilização da TIR para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é explicada com clareza por Maurício Portugal Ribeiro e Felipe Sande. Segundo os autores, as regras sobre o equilíbrio econômico-financeiro ditam de que modo devem ser promovidas as compensações entre as partes de um contrato administrativo diante de um evento de desequilíbrio que impacta uma das partes, mas que, por lei ou segundo disposição contratual, é imputado à outra (RIBEIRO e SANDE, 2020, pág. 168).

Desse modo, geralmente o concessionário – atingido pelo evento de desequilíbrio – é obrigado a suportar as consequências desse fato que, em regra, implica no incremento de seus custos ou na redução de suas receitas.

De acordo com a lei ou o contrato, quem deveria suportar diretamente esses ônus deveria ser o concedente (ou os usuários), porque o risco concretizado estava atribuído a ele. Todavia, em regra, isso não é viável na prática. Quem acaba suportando o incremento dos custos e a minoração de receitas é o concessionário e, posteriormente, postula o reequilíbrio do contrato.

O que ocorre é uma operação similar a um empréstimo compulsório pelo concedente/usuários junto ao concessionário. “Compulsório porque o concessionário

⁴ Os autores elencam quatro:

“a) TIR como instrumento para precificação de ativos *antes* do contrato – nesse caso ela é usada no estudo de viabilidade ou no plano de negócios criado por cada um dos participantes da licitação. No presente trabalho, quando nos referirmos à TIR com essa função vamos chamá-la de ‘*TIR para Precificação*’.

b) TIR como instrumento de precificação de ativos *durante* o contrato – nesse caso, ela é usada como um dos insumos para cálculo do valor da tarifa em contratos submetidos à regulação discricionária. Vamos nos referir a esse usos da TIR como “*TIR Regulatória*”.

c) TIR para reequilíbrio de contratos (...)

d) TIR para mensuração de rentabilidade *a posteriori* da concessão – nesse caso a TIR é um meio para mensurar a rentabilidade de um investimento realizado em uma concessão ou PPP. Quando estivermos nos referindo a esse uso da TIR, falaremos em “*TIR Efetiva*”. (RIBEIRO e SANDE, 2020, págs. 157-159.)

ou não tem como se negar a arcar com o aumento de custos ou redução de receita, ou não pode se negar a arcar. Cria-se, portanto, um crédito a favor do concessionário contra o poder concedente/usuário” (RIBEIRO e SANDE, 2020, pág. 168).

O ponto principal, destacam os autores, é perquirir qual a “taxa de juros” que deve ser aplicada sobre esse crédito para que esse empréstimo compulsório “não afete as perspectivas de rentabilidade do investimento do concessionário na concessão” (RIBEIRO e SANDE, 2020, pág. 168).

E prosseguem afirmando que, se a taxa de juros for inferior à rentabilidade projetada, o empréstimo compulsório terá como consequência minorar a rentabilidade geral do projeto para o concessionário. Se, ao contrato, sobre esse empréstimo compulsório incidir juros maiores, ele aumentará a rentabilidade geral do projeto. Não há como saber ao longo da execução do contrato qual será a sua rentabilidade efetiva (Taxa Interna de Retorno – TIR efetiva), pois ela só é conhecida após a extinção do contrato. Qualquer estimativa feita durante a execução é mera projeção do comportamento futuro de variáveis (RIBEIRO e SANDE, 2020, págs. 168-169).

Então, o uso da Taxa Interna de Retorno – TIR estimada no plano de negócios como parâmetro para o reequilíbrio se justifica porque é a rentabilidade estimada, oficialmente prevista, e ela é um meio capaz “de neutralizar o efeito do Empréstimo Compulsório sobre a expectativa de rentabilidade do investimento do concessionário na concessão.” (RIBEIRO e SANDE, 2020, págs. 168-169).

É evidente que esse critério não é imune a críticas. Há quem defenda a utilização de outras metodologias, a exemplo do fluxo de caixa marginal (por todos, MAROLLA *et al.*, 2013). No entanto, haja vista que o contrato de concessão em exame, em cuja proposta vencedora está especificada a Taxa Interna de Retorno – TIR inicial, sugere-se adotar essa referência para o reequilíbrio econômico-financeiro.

Passa-se, agora, a analisar as possíveis formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

2.4 FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Antes de tratar propriamente desse tópico, é preciso tecer breves considerações a respeito da forma de remuneração do concessionário.

A análise se voltará com mais atenção à remuneração pela via tarifária, típica das concessões comuns, e principal fonte de receitas do projeto concessionário objeto do estudo.

Não obstante, mesmo nas concessões comuns em que se paga o preço público como forma de contraprestação pela utilidade material fornecida pelo concessionário ao usuário, há outras possibilidades de remuneração. O art. 11 da Lei n. 8.987/1995, para dar concretude ao princípio da modicidade das tarifas (serviço adequado), faculta ao concedente prever, em favor da concessionária, a possibilidade de auferir “receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados”, tal como se dá, por exemplo, com as de publicidade no serviço público de transporte coletivo. Mas essas fontes de ingressos, por mais que não se possa ignorar, são sempre subsidiárias. Elas favorecem a modicidade das tarifas. Mas são apenas complementares, não constituindo a principal forma de contraprestação.

E, por esse motivo, é muito comum que o risco decorrente do erro de projeção/dimensionamento dessa receita fique a cargo do particular.

No tocante à tarifa propriamente dita, receita por excelência, assinala José Anacleto Abduch Santos que a “análise do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão a partir da remuneração do concessionário demanda entender o conteúdo econômico e jurídico da tarifa” (SANTOS, 2015, pág. 195).

Sob perspectiva econômica, a tarifa é o preço público angariado a partir da agregação de valores distintos, cada um deles correspondente a um viés econômico do conjunto de encargos e direitos do concessionário. Tomando por base, por exemplo, uma tarifa fixada em lei como de titularidade do concessionário, o seu valor é constituído pelo somatório dos valores correspondentes a (i) custeio do serviço; (ii) insumos necessários a sua prestação; (iii) amortização dos investimentos feitos pelo concessionário; (iv) provisionamento para realização de obras e aprimoramentos futuros contratualmente previstos; (v) restituição de despesas administrativas do concessionário; (vi) custeio de obras previstas contratualmente; (vii) tributos e encargos sociais; (viii) lucro do concessionário, entre outras despesas necessárias à prestação do serviço adequado previstas no contrato firmado (SANTOS, 2015, pág. 195-196).

Já sob aspecto jurídico é possível deduzir que a remuneração efetiva do concessionário se resume à parcela correspondente ao lucro e à restituição de

despesas administrativas, diretas e indiretas, a par dos demais itens que a compõem. Essas outras se destinam “à aplicação direta na execução dos encargos contratuais ou derivados de obrigações assumidas pelo concessionário para dar conta de tais encargos” (SANTOS, 2015, pág. 195-196).

Daí concluir que apenas uma parcela do valor que constitui a tarifa representa a remuneração do concessionário, normalmente uma pequena parte. Evidente, pois, que a tarifa não pode ser imutável, e nem pode o concessionário valer-se do equilíbrio econômico-financeiro como fundamento para impedir a sua redução se necessária para “assegurar outros valores constitucionalmente protegidos, como o direito de acesso ao serviço e à modicidade” (SANTOS, 2015, pág. 196).

Por fim, a mutabilidade da tarifa é uma característica fundamental do sistema de concessões, porque o que a Constituição assegura é o equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, a proporcionalidade entre encargos do concessionário e a remuneração a que faz jus, e não o valor absoluto da tarifa. (SANTOS, 2015, pág. 196).

Como bem acentua Egon Bockmann Moreira, o contrato de concessão é “um negócio jurídico celebrado em determinado contexto histórico”, o que impõe a “respectiva adaptação às alterações supervenientes, anormais e imprevisíveis, relativas à sua base objetiva” (MOREIRA, 2022, pág. 377).

Portanto, as alterações circunstanciais exigem do intérprete avaliar e tornar claras: “ (i) *as condições do contrato* (a base contratual); (ii) *as premissas exógenas* (como e quando um evento merece ser considerado); (iii) *as consequências endocontratuais* (o que a ocorrência efetivamente gera ao contrato); e (iv) *as soluções de reequilíbrio* (o que pode ser feito nos casos de desequilíbrio) ” (MOREIRA, 2022, pág. 377).

O intérprete não deve se imiscuir na vontade das partes e na respectiva subjetividade da avença, no sentido de perscrutar eventuais vícios da vontade, mas “na base objetiva que veio a dar efetividade ao projeto concessionário” (MOREIRA, 2022, pág. 378).

É preciso ter em mente que as efetivas e significativas mudanças nas circunstâncias que serviram de base ao contrato permite intuir que as partes não o teriam firmado, tal como se manifestou concretamente, se pudessem, de algum modo, ter previsto tais alterações. Isso não significa “descartar eventos outrora qualificados

de imprevistos, de força maior, etc. – estes têm abrigo nas condições do contrato (mas não só estes) e na relação jurídica dela oriunda. O horizonte ora defendido é mais extenso e complexo” (MOREIRA, 2022, pág. 378).

Se a expressão prevista no art. 10 da Lei n. 8.987/1995 “condições do contrato” encontra barreiras em leituras tradicionais, o mesmo não ocorre para o direito privado administrativo – que consegue lidar com as exigências relativas à equação econômico-financeira dos contratos de concessão contemporâneos. A partir desse viés, pode-se entender a obrigação da concessionária como “um processo dinâmico, a envolver esforços cooperativos para que seja alcançado o escopo contratual”. As circunstâncias fáticas e jurídicas sobre as quais instituído o contrato de concessão permitem analisar o ponto ótimo da tarifa, sua composição e sua estrutura, os respectivos fluxos financeiros e “os critérios de avaliação do custo de oportunidade e remuneração do dinheiro no tempo”, e, ainda, as alterações que o contrato sofre no tocante a custos e receitas (MOREIRA, 2022, pág. 378).

O autor ressalta, contudo, que o desequilíbrio nos contratos de concessão não se exige a “dita onerosidade excessiva”, típica dos contratos privados, pois, como visto, o equilíbrio econômico-financeiro é da essência desse negócio jurídico, é “conatural dos contratos de concessão”. Assim, dispensa-se o desequilíbrio absurdo, a situação falimentar. O que existe é um “dever estatutário de manutenção do equilíbrio”, como foi definido nas condições do contrato. O que se busca é a estabilidade das condições sobre as quais se erigiu o projeto concessionário. A teoria da base objetiva do negócio não exige, necessariamente, um prejudicado e outro beneficiado. A alteração anormal do substrato fático e jurídico do negócio, comum a ambas as partes, atinge os dois. Assim como a consequência, a solução para o desajuste só pode resultar do que prevê a ordem jurídica e das regras de cálculo da nova equação econômica que ela estabelecer. Isso é ainda mais evidente nas concessões, porque o contrato beneficia terceiros: os usuários. É “especialmente do respeito aos usuários que exsurge o dever do equilíbrio” (MOREIRA, 2022, pág. 378).

É necessário, pois, que o fato exterior ao contrato, posterior à sua formação, e que nele gerou consequências, não possa ter sido considerado nas projeções econômico-financeiras do projeto concessionário. Caso contrário, tendo havido possibilidade de previsão (inclusive com atribuição à determinada parte na matriz de

alocação de riscos), caberá ao responsável suportar os ônus e administrar as consequências do evento.

Na sequência, deve-se investigar a efetiva repercussão do evento externo na economia contratual, ou seja, apurar as suas consequências dentro da relação jurídica. Egon Bockmann Moreira explica ser crucial definir o “status do desequilíbrio”. É preciso apurar, evento a evento, o nexo causal entre o fato exterior e a repercussão interna no contrato administrativo. Com base nos critérios estipulados no regime estatutário e contratual da concessão, “é de se perquirir se, do lado de dentro da relação jurídico-concessionária, houve impacto relevante oriundo de fato apto a gerar o dever de restauração – e qual a medida dele para o efetivo cumprimento do estatuto e do contrato” (MOREIRA, 2022, pág. 379).

O que se investiga é a efetiva repercussão, em particular as alterações de equilíbrio, que algum evento externo produz no fluxo de receitas e despesas, e a respectiva “teia de repercussões endocontratuais”. Debater o equilíbrio econômico-financeiro implica avaliar ocorrências que podem ser quantificadas e apontar o que essa “quantidade (de moeda, de tempo, de insumos, de fluxo de receitas e despesas, etc.) efetivamente significa para a estabilidade estrutural do projeto. (MOREIRA, 2022, pág. 379-380).

O último passo é encontrar a solução de reequilíbrio com vistas a restaurar a integridade dos fluxos econômico-financeiros do projeto concessionário.

Letícia Lins de Alencar aponta algumas possibilidades já albergadas no ordenamento jurídico brasileiro para a equalização da questão, destacando ser possível, a depender do caso concreto, (i) a alteração dos investimentos ou do cronograma para realizá-los; (ii) suspensão temporária da obrigação de pagamento de contribuições variáveis que incidam sobre um determinado índice ou volume mínimo de demanda ou outras medidas capazes de trazer algum alívio de caixa, com a redução de contribuições fixas ou diferimento de seu pagamento ou das outorgas devidas; (iii) alteração, em caráter temporário, das especificações do serviço; (iv) flexibilização da aplicação de sanções em virtude de descumprimentos contratuais que decorram de fatores alheios à vontade do concessionário, ocasionados, direta ou indiretamente, pela crise; (v) reequilíbrio do contrato de concessão; ou, até mesmo, a (iv) rescisão do contrato de concessão (ALENCAR, 2020, pág. 64).

Complementa Liana Claudia Hentges Cajal, que, num contexto tal, “a revisão contratual parece um instrumento regulatório que revela certa adequabilidade”. Afinal, está-se diante de evento capaz de abalar fortemente o contrato e que não foi originado por culpa das partes. O intuito é preservar o contrato e diminuir os custos de transação e consequências deletérias para os usuários, assim como assegurar a continuidade da prestação. Desse modo, a negociação “apresenta-se como mecanismo de mitigar os impactos (...) ao gerar liquidez concomitante ao evento desequilibrador” (CAJAL 2021, pág. 150).

Levando em consideração todos esses aspectos, as principais formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro são: (i) alteração do valor da tarifa; (ii) redução de encargos contratuais do contratado; (iii) alteração do prazo da concessão.

A recomposição pela alteração da tarifa pode se dar por meio do reajuste (que não é propriamente uma alteração, mas apenas a atualização de seu valor de acordo com os parâmetros elencados no edital e no contrato, em face do fenômeno inflacionário) e da revisão. Essa última é a modificação dos elementos que compõem o seu valor para restabelecer as condições originalmente pactuadas, sempre que fatos externos, posteriores à celebração do contrato, imprevisíveis ou irresistíveis, gerarem consequências na execução do contrato, alterando a sua base objetiva.

De igual modo, o reequilíbrio pode se dar por meio da modificação dos encargos do concessionário, com a redução ou suspensão, por exemplo, do volume de investimentos no projeto concessionário – ou, até mesmo, modificando a época de sua realização –, ou alterando o seu modo, a neutralizar os efeitos do evento de desequilíbrio.

Também é possível o reequilíbrio pela modificação do prazo de concessão. José Anacleto Abduch Santos explica que manipulá-lo, seja para aumentá-lo ou diminuí-lo com vistas a maximizar os ganhos do concessionário, ou até mesmo para incrementar o tempo necessário para a consecução de obras e benfeitorias ou serviços imprescindíveis à execução fidedigna dos encargos contidos no contrato é instrumento eficaz de adequação (SANTOS, 2015, pág. 199).

A Lei n. 8.987/1995 não estipula prazo máximo e nada dispõe sobre a possibilidade de prorrogação daqueles estipulados. “O legislador conferiu certa margem de discricionariedade para a definição dos prazos da concessão e da

possibilidade de prorrogação de tais prazos”. A inexistência de permissão legal não significa que ela não possa ocorrer quando assim impor o interesse público consubstanciado no objeto da contratação. Por outro lado, não pode significar incondicional possibilidade de prorrogação, e nem em direito subjetivo à prorrogação (SANTOS, 2015, pág. 199).

Cogita-se, ainda, de outras formas de reequilíbrio, como redução dos parâmetros de adequação do serviço, compensação do desequilíbrio apurado com créditos tributários, isenções fiscais, incremento de fontes alternativas e complementares de receitas, inclusive com aportes de recursos públicos, muito embora essa última medida seja amplamente indesejável e deve ser tida apenas por excepcionalíssima, justificável apenas diante de cenário fático extraordinário.

De todo modo, como explica Egon Bockamnn Moreira, a solução de prorrogação do contrato pode ser altamente eficaz em certos contratos, mas catastrófica para outros que sofram déficit de liquidez, de modo que o “certo está em as soluções de reequilíbrio serem desenvolvidas caso a caso, obedientes à realidade concreta do caso e ao *princípio da proporcionalidade* em sua tríplice dimensão” (MOREIRA, 2022, pág. 380).

Ultrapassadas essas questões, passa-se a analisar o evento pandemia da COVID-19.

2.5 A PANDEMIA DA COVID-19

O novo coronavírus (Sars-COV-2), patógeno causador de doença grave, altamente contagiosa, e de rápida disseminação, afetou profundamente a vida de todas as pessoas do mundo. A sua transmissibilidade, os seus efeitos e intercorrências possíveis na saúde humana são de conhecimento público e notório, dispensando maiores digressões.

Em 11.03.2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) elevou o estado da contaminação ao status de pandemia.

No Brasil, em fevereiro de 2020 (03.02.2020), foi editada a Portaria n. 188 do Ministério da Saúde, declarando emergência em Saúde Pública de importância Nacional em decorrência da infecção humana pela COVID-19. Logo na sequência, em

06.02.2020, foi publicada a Lei n. 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional.

A partir de então, muitas foram as ações adotadas pelo Poder Público limitadoras de direitos fundamentais. Medidas de isolamento social foram decretadas. Atividades comerciais e industriais forçosamente interrompidas. Prestações de serviços suspensas. Dentro do que foi possível, instaurou-se o regime de trabalho em *home office*, tanto nas repartições públicas quanto em empresas privadas. Por meses, em todas as esferas governamentais, em maior ou menor medida, o Poder Público restringiu as atividades de todos cidadãos, a exceção daqueles profissionais arbitrariamente qualificados como “essenciais”, ao contestável argumento de que essas providências seriam imprescindíveis para diminuir o ritmo da contaminação, e, conseqüentemente, reduzir a pressão na rede hospitalar, enquanto se buscava prepará-la e expandi-la em face da demanda exponencial que estava a surgir.

Como não poderia deixar de ser, a pandemia impactou de modo severo a execução dos contratos administrativos, em especial os de concessões de serviços públicos, que também se sujeitaram ao império do Poder Público.

Consoante pondera Juliano Heinen, antes de saber a respeito das conseqüências da pandemia nos contratos administrativos, é preciso responder a outros questionamentos: “qual a qualificação jurídica a ser dada (1) a pandemia em si – como acontecimento em si prejudica a execução do contrato administrativo?; (2) e aos atos estatais que, para conter o Coronavírus, afetaram a execução dos contratos?” (HEINEN, 2020, pág. 1).

Embora haja distinções doutrinárias entre “força maior” e “caso fortuito”, no ordenamento jurídico pátrio as suas conseqüências jurídicas são as mesmas. Não há muita utilidade para a finalidade desse trabalho distinguir esses conceitos. O Código Civil, no parágrafo único do art. 393, estabelece que o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis de serem evitados ou impedidos.

Parece claro ser a pandemia da COVID-19 um fato inescapável, ao qual todos estão sujeitos. Suas conseqüências, além de inevitáveis, são impossíveis de serem controladas. Por mais que se tenha feito grande esforço para o desenvolvimento de protocolos sanitários para evitar/reduzir a contaminação pelo vírus, e de drogas para tratar a doença ou preveni-la, isso não impediu que o patógeno se espalhasse

velozmente para todos os cantos do planeta, fazendo milhões de vítimas. O grande esforço conjunto da humanidade pode ter evitado uma catástrofe de proporções ainda maiores, na melhor das hipóteses. A disseminação rápida e incontrolável do novo coronavírus foi um fato imprevisível para a esmagadora maioria das pessoas, e suas graves consequências, de igual modo, não foram passíveis de controle.

Os atos do Poder Público para o combate da crise de saúde pública, por outro lado, não parece se encaixar nesse conceito.

Foram ações planejadas, coordenadas, elaboradas com caráter geral, ou seja, voltadas a toda coletividade, com a finalidade específica de frear a contaminação, expandir a capacidade de atendimento da rede hospitalar, tratar dos doentes e prevenir os quadros mais graves da doença. Apesar da licitude dos atos públicos, eles produziram efeitos colaterais também de grande magnitude, e, tal como a pandemia, também irresistíveis.

Quando se tem em mente os contratos administrativos afetados diretamente por esses atos, a melhor qualificação para eles é fato do príncipe.

O fato do príncipe é entendido como o “ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele”, e abrange medidas de ordem geral que têm reflexos no contrato, provocando o desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado (DI PIETRO, 2017, p. 324).

Respondendo à questão, a Advocacia-Geral da União, no parecer n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU concluiu que a “pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) pode ser classificada como evento de ‘força maior’ ou ‘caso fortuito’, caracterizando ‘álea extraordinária’”. Ao longo da exposição, consignou-se que em resposta à doença “foram adotadas medidas de restrição de mobilidade das pessoas e mesmo de suspensão de atividades econômicas. Tais medidas poderiam eventualmente ser classificadas como ‘fato do príncipe’” (AGU, 2020). Na sequência, a Advocacia Pública reconhece que as consequências jurídicas seriam as mesmas no tocante aos prejuízos verificados nos contratos de concessão decorrentes de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, salvo disposição contratual diversa.

Juliano Heinen, por outro lado, entende ser inapropriado qualificar os atos administrativos de caráter geral que impactaram na execução dos contratos administrativos como fato do príncipe, ao argumento da inevitabilidade de sua causa.

Nas suas palavras, "o Estado não teve opção senão tomar as medidas de isolamento com lastro técnico. E estas medidas oneraram o próprio ente público, que amargou problemas econômicos e fiscais gravíssimos" (HEINEN, 2020, pág. 13). Como consequência, o autor sugere uma metodologia para lidar com as consequências da atuação estatal nos contratos administrativos:

“Por fim, para a resposta ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro derivado dos efeitos da pandemia, formulou-se a seguinte metodologia que pode auxiliar as partes contratantes:

(a) O contrato administrativo regula como deve ser resolvido casos fortuitos, seja em suas cláusulas, seja em sua matriz de risco? Se positiva a resposta, o intérprete deve ser valer dessa fonte jurídica para resolver o tema, e distribuir os ônus e responsabilidades a partir do que foi pactuado. Em outros termos, caso exista previsão expressa no contrato, ou seja, o negócio jurídico trate expressamente de situações de caso fortuito ou de força maior, devem tais cláusulas regerem o assunto;

(b) Caso o contrato administrativo não tutele o tema, deve o contratado, por primeiro:

(b1) provar que a Covid19 gerou efetiva onerosidade na execução do contrato;

(b2) e que a onerosidade derivou diretamente da Covid19 – nexa causal;

(c) É possível aplicar a Teoria da imprevisão para os contratos administrativos atingidos pela Covid19, porque o evento é imprevisível e independente risco (álea) do negócio. Mas as partes devem continuar executando o contrato.

(d) Aplicando tal teoria:

(d1) primeiramente, deve-se tentar adaptar o pacto ao “estado de imprevisão”, por exemplo, reduzindo-se proporcionalmente as obrigações das partes contratadas;

(d2) caso isso não seja possível, as compensações devem ser distribuídas entres as partes contratantes, na medida do grau de responsabilidade e do grau de onerosidade – incidência, aqui, do princípio da proporcionalidade. ” (HEINEN, 2020, pág. 22)

Em artigo mais recente, Juliano Heinen vai além e chega a concluir que, em verdade, a pandemia gerou onerosidade a ambos os contratantes, e que todas as partes tiveram de suportar os ônus de sua ocorrência. Logo, “não se percebe um desequilíbrio contratual para uma só das partes, porque ambas perderam com o tal estado de coisas” (HEINEN, 2021, pág. 54). E conclui expondo três destaques: o primeiro, no sentido de que todo contrato possui risco e ele é típico do mercado e assumido por quem contrata; o segundo, é possível que o Estado subsidie certos setores, ajudando na sua recuperação, como já aconteceu no setor da distribuição de

energia elétrica; e o terceiro, a questão deve ser avaliada a partir das leis que tutelam o reequilíbrio econômico-financeiro.

Juliano Heinen defende a possibilidade de o Estado subsidiar financeiramente certos setores, auxiliando na sua recuperação (como no caso das distribuidoras de energia elétrica), mas, na sua visão, não se trata de reequilíbrio econômico-financeiro, mas de política pública (HEINEN, 2021, pág. 54).

Em sentido semelhante, Mayara Caroline de Oliveira e Luciano Moratório apontam caracterizar a pandemia da COVID-19 hipótese de caso fortuito ou força maior, porém, “sem precedentes na história contemporânea e com clarividente excepcionalidade face aos vultosos impactos na saúde pública, socioeconômicos e fiscais, de escala global” (OLIVEIRA e MORATÓRIO, 2022, pág. 132).

E acrescentam que, com vistas a manter a relação jurídica e a continuidade do serviço público, deve-se ponderar de que modo o desequilíbrio pode ser objetivamente mensurado, e, sempre que possível, buscar uma solução consensual, repartindo, tanto quanto possível, os ônus a cada uma das partes de acordo com a sua capacidade de suportá-los.

Para eles, as tradicionais alternativas que o direito administrativo põe à disposição dos gestores para reequilíbrio desses contratos não representam soluções efetivas, e, em alguns casos, podem não ser suficientes para solver o problema do concessionário ou então gerar despesas incapazes de serem suportadas pelo concedente.

Invocando a “especificidade desse cenário de pandemia e das suas consequências sobre o serviço de transporte coletivo”, e, sendo inviável encontrar solução estipulada no contrato tal como ele foi inicialmente firmado, os autores defendem que o gestor público deve buscar demonstrar claramente a incompatibilidade e justificar, fundamentado em elementos jurídicos e econômicos, que a modificação contratual promovida é a que assegura maior economicidade e a que almeja resguardar direitos e garantias individuais e coletivas, segundo os princípios e preceitos constitucionais (OLIVEIRA e MORATÓRIO, 2022, pág. 132).

Não obstante a argumentação dos autores acima mencionados, parece-me mais coerente a posição adotada por Marcelo Portugal Ribeiro, para quem, tendo em vista os contratos administrativos, a pandemia do coronavírus em si considerada caracteriza caso fortuito ou força maior, e os atos de autoridade que estabeleceram

restrições e exigências para a combater configuram fato do príncipe ou da administração, uns e outros integrantes do gênero “Eventos Extraordinários” (RIBEIRO, 2020, pág. 2).

O autor aponta as objeções à sua conclusão para, em seguida, responde-las uma a uma. Apesar de longa a transcrição, opta-se por reproduzi-la na íntegra para preservar a sua integridade:

“(…) desde o surgimento da pandemia do coronavírus, tornou-se comum em seminários, artigos, ou mesmo em peças nos processos administrativos sobre o reequilíbrio desses contratos, aparecerem argumentos com o objetivo de compartilhar os impactos da pandemia entre a administração pública e seus contratados.

Já se disse, por exemplo, que a pandemia se constitui em risco “extraordinaríssimo” ou “muito extraordinário” e por isso não deveria ser considerada Evento Extraordinário para efeito da administração pública arcar com as suas consequências.

Na mesma linha, interpretou-se equivocadamente que, em outros países, a pandemia seria risco compartilhado entre as partes dos contratos administrativos para afirmar que o Brasil seria um pária no mundo por cumprir as regras legais e dos seus contratos administrativos que alocam, como já dissemos, o risco de Eventos Extraordinários à administração pública.

No caso dos contratos de concessão e PPP (parceria público-privada), tem sido comum acadêmicos debaterem se o artigo 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/93, que atribui o risco dos Eventos Extraordinários à administração pública, incide sobre esses contratos. Contudo, a grande maioria dos contratos de concessão e PPP em curso tem cláusula que atribui claramente o risco de caso fortuito, força maior e fato do príncipe ao poder concedente, de maneira que a discussão sobre a incidência da Lei 8.666/93 não afeta a discussão sobre quem deve assumir os impactos da pandemia. Isso tudo em um contexto em que o art. 124 da Lei 8.666/93 diz ser ela aplicável aos contratos de concessão.

Outro estratagema é supor que noções como caso fortuito e força maior são apenas instrumentos para evitar as consequências do inadimplemento de obrigações, usando o tratamento do tema no direito privado e ignorando que, no direito público, o risco dos eventos de caso fortuito e força maior – e, portanto, os impactos da variação de receitas ou de custos decorrentes desses eventos – são atribuídos por lei e pelos contratos ao poder concedente.

Há, além disso, as tentativas de levantar objeções à teoria clássica do equilíbrio econômico-financeiro, buscando não a aplicar à pandemia. Evidentemente, críticas cujo objetivo é a alteração da compreensão padrão sobre equilíbrio econômico-financeiro devem ser objeto de discussão acadêmica ou no meio profissional com objetivo de conformar cláusulas dos novos contratos a serem firmados e não serem aplicadas retroativamente para reinterpretar contratos que foram feitos sob a égide da teoria padrão, em um intento pseudoss sofisticado de revogação do passado.

Existem, também, os esforços para descaracterizar os atos administrativos que criaram restrições e exigências para combate da pandemia como fato do príncipe ou fato da administração alegando que, como eles se basearam em recomendações científicas, faltariam-lhes o “requisito da discricionariedade”, criando assim “ad hoc” uma nova exigência para o enquadramento de atos nas categorias de fato do príncipe e da administração.

Enfim, em todos esses casos, o esforço é de encontrar argumentos que justifiquem compartilhar equanimemente os impactos da pandemia nos contratos administrativos entre administração pública e os seus contratados.

Nos últimos dias, surgiu mais um esforço argumentativo nessa direção: a afirmação de que os contratos administrativos alocam à administração pública apenas riscos e não incertezas. Sustenta-se, assim, que a Lei 8.666/93 e os contratos administrativos em geral teriam alocado à administração pública apenas os riscos de Eventos Extraordinários, mas não as incertezas. E se complementa esse raciocínio aduzindo que os impactos da ocorrência de incertezas – uma vez que não estariam alocadas expressamente à administração pública – deveriam ser compartilhados de forma equânime entre a administração pública e seus contratados. ” (RIBEIRO, 2020, pág. 3-5).

Quanto a essa última objeção, Maurício Portugal Ribeiro explica que a distinção entre riscos e incertezas, oriunda da teoria econômica, não permeou a elaboração da regra legal ou contratual de compartilhamento de riscos, sendo ambas tradicionalmente utilizadas como expressões sinônimas. Parece-lhe “mais uma tentativa oportunista de afirmar que os contratos e a lei não alocam os impactos das incertezas à administração pública”, cujo efeito prático é criar incerteza jurídica onde havia certeza, o que acaba por contribuir para a diminuição da credibilidade da alocação de riscos estabelecidas nos contratos administrativos e incrementar a “avaliação do risco desses contratos” (RIBEIRO, 2020, pág. 4).

A impressão que se passa, conclui, é que a administração pública, na hora de suportar os ônus financeiros dos riscos que assume sempre encontra uma maneira de não cumprir os contratos. Para ele, isso tem “um custo reputacional” que leva muito tempo para ser superado e que terá como consequência levar a administração pública e os usuários (nos casos de concessões) a pagarem preços mais altos nas contratações vindouras (RIBEIRO, 2020, pág. 4).

O certo é que, tanto a lei, quanto a quase totalidade dos contratos de concessão atribuem ao concedente as consequências decorrentes de “Eventos

Extraordinários”. Para além da justificativa jurídica (previsão legal e contratual), há também clara razão de ordem econômica:

“A justificativa econômica que baseia a alocação do risco de Eventos Extraordinários à administração pública nos contratos administrativos é relativamente simples e continua completamente válida mesmo após a ocorrência da pandemia.

Se o risco de Eventos Extraordinários for alocado ao contratado da administração, como ele não tem meios de controlar a sua ocorrência ou limitar o seu impacto, e como esses eventos não são em geral seguráveis – não havendo portanto possibilidade de diluição do seu risco no mercado securitário – a única forma de os participantes de licitações de contratos administrativos lidarem com esses eventos é provisionarem em suas propostas valores para cobrirem o seu custo caso eles venham a ocorrer. Uma vez que os participantes da licitação provisionem os valores para lidar com os Eventos Extraordinários, a administração pública (e os usuários no caso dos contratos de concessão) pagarão pelos Eventos Extraordinários mesmo que eles não ocorram, uma vez que o seu custo estará provisionado dentro do preço nas propostas realizadas na licitação. Por isso, mesmo no cenário em que os Eventos Extraordinários não se materializarem ao longo do contrato, o fato de o seu custo estar provisionado e considerado no preço fará com que a administração pública (e os usuários no caso de contratos de concessão) arque com o seu custo. Compare-se esse cenário com uma situação em que se atribua à administração pública o risco dos Eventos Extraordinários: nesse caso, o contratado não provisionará o custo dos Eventos Extraordinários, o que reduzirá de maneira relevante o preço dos contratos administrativos à administração pública e aos usuários dos serviços. E, caso Eventos Extraordinários ocorram, a administração pública pagará por esses eventos por meio do sistema de reequilíbrio do contrato.

Portanto, no cenário em que o risco dos Eventos Extraordinários é atribuído à administração pública, a administração pública (e os usuários nos contratos de concessão) só pagarão pelos Eventos Extraordinários quando eles ocorrerem, enquanto que, quando o risco dos Eventos Extraordinários é atribuído ao contratado da administração pública, a administração pública e o usuário terminam pagando por esses eventos mesmo que eles não se materializem.

É forçosa, pois, a conclusão de que é mais vantajoso para a administração pública e para os usuários do serviço atribuir-se nos contratos administrativos o risco de Eventos Extraordinários à administração pública do que aos contratados da administração pública.

Note-se por fim que a alocação à administração pública do risco dos Eventos Extraordinários – além de, como já dissemos, assegurar que o pagamento por esses eventos só ocorra quando da sua materialização – garante também a solução mais equânime em relação ao seu custeio. É que, como os Eventos Extraordinários são por definição eventos que nenhuma das partes controla a ocorrência e que são irresistíveis (uma vez que eles se materializem, não há como

evitar o seu impacto), faz sentido que o custo desses eventos seja socialmente compartilhado. A atribuição à administração pública do risco desses eventos assegura esse compartilhamento, uma vez que todos, na condição de contribuinte (inclusive os contratados da administração), arcarão com os custos desses eventos. ” (RIBEIRO, 2020, pág. 8).

Embora ainda não tenha tido oportunidade de se manifestar sobre o mérito de casos envolvendo os reflexos da pandemia e das medidas de combate a ela nos contratos de concessão de serviço público⁵, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a revisão de contratos privados em razão da pandemia, estabelecendo alguns critérios que merecem ser referidos, ainda que não sejam integralmente acolhidos.

No Recurso Especial n. 1.998.206/DF, relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 4/8/2022, fixou-se o entendimento de não ser automática e nem decorrência lógica a revisão dos contratos em razão da pandemia. Deve ser levado em conta a natureza do contrato e a conduta das partes envolvidas. Além disso, a análise do desequilíbrio econômico e financeiro deve ser realizada com base no grau do desequilíbrio e nos ônus a serem suportados pelas partes, já que a pandemia (e os atos de combate a ela) não estão na esfera de responsabilidade da atividade econômica dos agentes privados. REsp n. 1.998.206/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 4/8/2022)

A partir dos próprios termos assentados pelo Ministro Relator e da conclusão do julgado é possível concluir que a razão de decidir não pode ser transportada inadvertidamente para o Direito das Concessões. Por duas razões: (i) a natureza do contrato de concessão, tal como delineada na seção 2.1, é bastante peculiar e muito diversa dos contratos privados, mesmo daqueles que se protraem no tempo; (ii) diferentemente do que ocorre numa relação puramente privada, em que não se pode imputar às partes as restrições à liberdade decorrentes das medidas de combate à

⁵ O único julgado do STJ que envolve a mesma matéria fática (demanda proposta por concessionária de transporte público coletivo buscando o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão das medidas adotadas na pandemia) é o AgInt na SLS n. 2.730/PR, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 16/12/2020, DJe de 18/12/2020, que, no entanto, trata apenas de aspectos formais (suspende-se uma tutela de urgência por entendê-la lesiva à ordem, à saúde, à economia e à segurança públicas).

crise de saúde pública, as consequências endocontratuais na concessão são decorrência direta dos atos de uma das partes do contrato, ainda que atuando na condição de tutor do interesse público. Em outras palavras: é uma das partes do contrato de concessão o autor das medidas que impactaram diretamente na economia do negócio jurídico. Daí que a categoria do fato do príncipe, já tradicional em nosso Direito Administrativo, descreve com maior precisão a atuação do Poder Público.

A despeito das objeções de parte da doutrina, e feitas as devidas ressalvas ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a pandemia da COVID-19, em si considerada, caracteriza força maior, e, em relação aos contratos administrativos, os atos limitadores de direitos expedidos pelo Poder Público para combatê-la configuram fato do príncipe, ambos espécies do gênero “eventos extraordinários”. Em regra, são riscos atribuídos à Administração Pública.

Como se pode ver, o conflito de interesses das partes do contrato de concessão, cujas consequências se espraiam para uma gama indeterminada e numerosa de indivíduos (os usuários do serviço), está potencialmente instaurado. Cada parte defendendo o entendimento que lhe seja mais favorável.

Cumprir verificar, a partir de agora, qual é o papel possível do Poder Judiciário na sua mediação/resolução.

2.6 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Mencionando julgados da Suprema Corte do Estados Unidos da América, lembra-nos Ives Gandra da Silva Martins que “a questão do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser examinada pelo Poder Judiciário, sempre que não houver acordo entre poder concedente e concessionário” (MARTINS, 2021, pág. 1165).

Como assentou a Suprema Corte daquele Estado,

“[...] um serviço público não pode ser forçado a continuar a ser prestado indefinidamente em prejuízo. Se a concessionária, em virtude desse prejuízo, não vendo perspectiva de melhoria, desejar descontinuar a prestação dos serviços e for impedida de fazê-lo por lei, poderá a lei ser considerada nula por impor uma condição inconstitucional, mesmo diante dos privilégios do serviço público. (...)”

Esse poder de regular não é um poder de destruir, e limitação não é o equivalente a confisco. Sob o pretexto de regular tarifas e fretes, o Estado não pode exigir de uma companhia de trem que transporte pessoas ou bens sem contraprestação; nem pode fazer aquilo que por lei equivale a uma requisição de propriedade privada para uso público sem a justa compensação ou sem o devido processo legal”⁶ (MARTINS, 2001, pág. 1166-1167).

É evidente, portanto, que diante de um impasse insuperável entre concedente e concessionária o Poder Judiciário poderá ser chamado a mediar/decidir a controvérsia, até como decorrência do que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

A Lei n. 8.987/1995, em seu art. 39, dispõe que contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. E acrescenta, em seu parágrafo único, que os serviços não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

Sobre esse ponto, na linha das ponderações da jurisprudência norte-americana, Egon Bockmann Moreira defende que a interpretação do art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.987/1995 deve ser feita de forma cautelosa, em consonância com os demais preceitos legais e constitucionais, e não de modo isolado e literal.

Adverte ele merecer leitura cautelosa e proporcional o dispositivo em questão, até porque se trata de restrição de direitos fundamentais da sociedade concessionária, como “a garantia da segurança jurídica, a liberdade de empresa (e a responsabilidade do Estado por seus atos ilícitos, comissivos e omissivos)” (MOREIRA, 2022, pág. 424).

O concessionário não pode ser impelido a cumprir o dever desproporcional de executar o contrato em face de atos do próprio poder concedente que impeçam ou dificultem de modo acentuado a sua execução. A não ser assim, essa obrigatoriedade

⁶ No original: “A public utility cannot be compelled to carry on a business indefinitely at a loss. If because of such loss a corporation, seeing no prospect of betterment, wishes to discontinue its business and were prevented from doing so by law might be held to be void as imposing an unconstitutional condition upon the privilege of engaging in it (...) This power to regulate is not a power to destroy, and limitation is not the equivalent of confiscation. Under pretense of regulating fares and freights, the state cannot require a railroad Corporation to carry persons or property without reward; neither can it do that which in law amounts to a taking of private property for public use without just compensation or without due process of law”. (MARTINS, 2001, pág. 1166-1167)

implicaria no dever de financiar, livre de ônus, o serviço público de titularidade do Estado, mas que havia sido transferido contratualmente ao concessionário, porém, com a garantia do equilíbrio econômico-financeiro. “O contrato de concessão não pode se transformar em meio de enriquecimento ilícito do poder concedente” (MOREIRA, 2022, pág. 424-425).

A vedação contida no art. 39, parágrafo único, da Lei n. 8.987/1995 de que a interrupção da prestação dos serviços somente se dará após o trânsito em julgado merece especial atenção, porque “a lei não pode se prestar a autorizar condutas exorbitantes e/ou o enriquecimento ilícito do concedente” (MOREIRA, 2022, pág. 425). Inviabilizar a prestação do serviço público, e, ao mesmo tempo, exigir a sua continuidade pelo menos até o trânsito em julgado de sentença judicial, evidencia comportamento contraditório, imoral, desleal e desonesto da administração, violador do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CR/88) e da boa-fé objetiva.

Sendo assim, a interpretação conjunta desse dispositivo com as normas constitucionais e infraconstitucionais permite concluir ser possível “a implementação judicial de tutela provisória (CPC, art. 294 ss), que instale regime de transição a ser concretizado de imediato (LINDB, art. 23) e que, preservando a prestação do serviço aos usuários, transfira tais deveres e obrigações ao concedente” (MOREIRA, 2022, pág. 426).

Nesse sentido, embora não trate especificamente da viabilidade ou não da concessão da tutela provisória nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da AgInt na SLS n. 2.730/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 16/12/2020, DJe de 18/12/2020, ao examinar o pedido de suspensão de tutela antecipada manejada pelo concedente de serviço público de transporte coletivo, não rechaçou a possibilidade da medida liminar de forma geral e abstrata. Apenas concedeu a ordem por entender que a tutela de urgência, tal como concedida no caso concreto, poderia gerar dano grave lesão à ordem, à saúde, à economia e à segurança pública.

Mesmo cabível a tutela provisória nesses casos, e desde que preenchidos os respectivos pressupostos de natureza processual, não se trata de medida de singela implementação. A pluralidade de variáveis relevantes a serem ponderadas e os saberes necessários à execução dos serviços públicos contemporâneos vão além das capacidades do mais preparado e bem intencionado magistrado. Nesse sentido, sua

decisão, por mais perfeita que seja do ponto de vista jurídico, sempre deixará desatendida alguma questão fática relevante. A decisão, se não for muito bem pormenorizada, ainda que institua um regime de transição apoiado no disposto no art. 23 do Decreto-Lei n. 4.657/1942⁷, e seu respectivo regulamento (Decreto n. 9.830/2019), poderá agravar os prejuízos a terceiros (usuários do serviço).

Daí que a melhor solução a essa espécie de conflitos é aquela negociada entre as partes diretamente envolvidas, que detém o conhecimento e as informações mais relevantes para uma saída criativa, com ganhos mútuos, benéficas, sobretudo, para a finalidade do negócio jurídico: a prestação de um serviço público adequado.

Há quem defenda, inclusive, ser a consensualidade o paradigma para a solução de desequilíbrio econômico-financeiro causado pela pandemia em determinados setores, como o aeroportuário.

Em excelente artigo, José Sérgio da Silva Cristóvam, Thanderson Pereira de Sousa e Isabelly Cysne Augusto Maia defendem que, num contexto de estado de emergência administrativa causado pela pandemia, a consensualidade emerge como mecanismo adequado para reequilibrar os contratos efetivamente prejudicados. As partes têm melhores condições para dialogarem e encontrarem alternativas para a manutenção do projeto concessionário, planejamento de retomada e continuidade de investimentos em infraestrutura, salvaguardando o desenvolvimento e a empregabilidade (CRISTÓVAM *et al.* 2020, pág. 435).

Nesse sentido, consta expressamente na atual legislação a possibilidade de as partes optarem por métodos adequados de solução de conflitos.

Dispõe o art. 23-A da Lei n. 8.987/1995, incluído pela Lei n. 11.196/2005, que o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem.

É evidente que, havendo convenção arbitral, a rescisão poderá ser levada a efeito pelo juízo arbitral, inclusive com a prolação de decisões de caráter provisório e de urgência.

⁷ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Diversos são os benefícios da arbitragem em casos dessa magnitude, complexidade e especificidade. O principal deles talvez seja o tempo. A solução da controvérsia certamente será dada num prazo bastante inferior ao juízo estatal, sobretudo quando se tem em mente a necessidade do trânsito em julgado para a interrupção dos serviços (que, como visto, não é uma imposição tão absoluta quanto parece da interpretação literal do texto legal). Além disso, os métodos adequados de solução de conflitos, por fomentar a negociação (em contraposição ao modelo adversarial típico das demandas judiciais), estimula o comportamento cooperativo em busca de soluções inovadoras, de rápida implementação, criativas, não necessariamente vinculadas a uma legalidade estrita, mas que, por outro lado, melhor atendem ao interesse público (princípio da continuidade do serviço público, do serviço público adequado, dentre outros).

De todo modo, como esclarece Egon Bockmann Moreira, “a rescisão não necessita ser unicamente litigiosa. Ela pode – *rectius*: deve – ser ao menos antecedida de negociação amigável e culminar num termo que encerre o contrato e, simultaneamente, estabeleça eventual indenização” (MOREIRA, 2022, pág. 431).

As partes deveriam envidar esforços para negociar a solução mais adequada, construindo alternativas eficazes com potencial para resultar num acordo, ou, se não for possível, na construção de um caminho processual que permita “resolver o impasse de modo mais eficiente (*dispute board*, mediação, arbitragem ou, no limite, a ação judicial)” (MOREIRA, 2022, pág. 431-432).

Todavia, nem sempre o consenso será a via mais adequada e/ou eficiente para solucionar o caso concreto. Deve-se buscar é o meio mais adequado para a solução do conflito envolvendo a administração pública, em outras palavras, a melhor forma de se atingir o interesse público (MOREIRA, 2022, pág. 431-432).

Na sequência, será apresentado o caso objeto dessa dissertação, cujo exame será feito a partir dos conceitos e ideias definidos nesse capítulo que se encerra.

3 ESTUDO DE CASO

Lançadas as bases conceituais necessárias para a compreensão e análise do estudo de caso, passa-se propriamente à exposição dos fatos objetos dessa dissertação.

Como referido no início do segundo capítulo, o trabalho foi estruturado de modo a conectar segundo e terceiro capítulos, e suas respectivas subseções, sempre partido do geral para o particular.

Então, nessa etapa do trabalho serão apresentados o contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo do Município de Florianópolis, o que dizem as suas cláusulas, de que modo está organizada a sua matriz de alocação de riscos, quais as previsões contratuais a respeito do equilíbrio econômico-financeiro, qual o seu parâmetro de aferição, o que o ajuste prevê como medidas para a sua recomposição. Em outras palavras, todas aquelas noções trabalhadas anteriormente serão verificadas concretamente, a partir do exame dos documentos disponíveis tanto no sítio oficial do Município de Florianópolis (<https://www.pmf.sc.gov.br/>), na seção “transparência”, subseção “licitações e contratos”, quanto na ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023. A partir dessas fontes de pesquisa foram avaliados o edital da licitação, o projeto básico e demais anexos, inclusive a matriz de riscos, a íntegra da proposta financeira da licitante vencedora, e o contrato firmado pelas partes.

De igual modo, no tocante às ações do Poder Público no combate à pandemia, também foram examinados todos os decretos expedidos pelo Estado de Santa Catarina e pelo Município de Florianópolis. A pesquisa foi realizada em sítios eletrônicos mantidos pelos respectivos entes federados. O Estado de Santa Catarina, em sítio eletrônico específico (<https://www.coronavirus.sc.gov.br/>). Já no Município de Florianópolis, em seu sítio oficial (<https://www.pmf.sc.gov.br/>), na seção “transparência”, subseção “COVID-19”. Em ambos estão elencados todos os decretos emitidos pelos entes no contexto pandêmico.

A listagem relacionada na seção 3.3 se refere àqueles atos normativos diretamente relacionados ao serviço de transporte coletivo, seja para impedir a sua prestação, seja para suspendê-lo ou para impor algum outro tipo de restrição ou para determinar a realização de investimento complementar para atendimento de normas sanitárias. O critério de seleção, portanto, foi a relação entre as providências

ordenadas/instituídas no decreto e o contrato de concessão de transporte coletivo. Os demais atos que não se revestiram dessa mesma qualidade, por não impor nenhuma forma de limitação, ainda que indireta, e nem o incremento de custos/investimentos, não foram mencionados no trabalho.

Também se expôs o conteúdo da ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023, de acesso público no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na qual se busca o reequilíbrio do contrato de concessão em razão da pandemia e das medidas adotadas pelo concedente para combatê-la.

E, com base na análise da documentação que a integra, em especial do Relatório Técnico Final da auditoria especialmente contratada pelo Município de Florianópolis para checar esse contrato de concessão, avalia-se os impactos da pandemia e das medidas adotadas pelo poder público na economia contratual.

A partir de todos os documentos pesquisados cogita-se as possíveis soluções de reequilíbrio para o contrato e sugere-se limites de atuação do Poder Judiciário concretamente nesse caso.

3.1 O CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC

Antes de ingressar diretamente nos aspectos jurídicos do contrato em questão, algumas informações são importantes para contextualizar a relevância do serviço público em questão e da imprescindibilidade de se assegurar a sua continuidade.

Florianópolis possui população estimada de 537.211 (quinhentas e trinta e sete mil e duzentas e onze) pessoas, de acordo com o censo 2022 do IBGE. Consoante consta no projeto básico que compõe um dos anexos do Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013, o transporte coletivo é operado através de um sistema de Transporte Integrado, contando com nove Terminais de Integração (dois deles desativados à época), espalhados nos mais de 436,5 km² de área. A Ilha de Santa Catarina tem aproximadamente 54km em linha reta, de norte a sul, e, de largura, 18km, na porção mais larga na parte norte, e 9km de largura ao sul, totalizando aproximadamente uma área insular de 424,4 km², que se somam a outros 12,1 km² da parte continental.

As distâncias a serem percorridas de um ponto a outro do Município, como se vê, não são pequenas.

Ainda de acordo com o projeto básico, a demanda equivalente do serviço de transporte coletivo, em dezembro de 2013, era de 4.572.562 (quatro milhões, quinhentos e setenta e dois mil e quinhentos e sessenta e dois) passageiros por mês. Daí extrair a relevância desse serviço à coletividade.

A par dessas informações gerais, o serviço público de transporte coletivo de Florianópolis é prestado de forma delegada, por meio do Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014 (Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013), firmado entre o Município de Florianópolis e o Consórcio Fênix, integrado por cinco pessoas jurídicas do ramo.

As principais características do contrato – relevantes para o caso – serão abaixo elencadas.

A avença foi firmada em 30.04.2014 e o prazo da concessão é de 20 anos, contados do início da operação, que se deu em até 180 dias da assinatura (Cláusula X). Embora no contrato não haja previsão expressa da (im)possibilidade de renovação, no edital há estipulação de que o prazo não pode ser prorrogado (Item 8.1, Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013).

O objeto é a delegação dos serviços públicos de transporte coletivo urbano de passageiros, nas modalidades regular ou convencional e diferenciado, por veículos de transporte coletivo de passageiros, incluindo as linhas atuais e as futuramente criadas ou modificadas no território do Município. Quanto a essas últimas, o contrato resguarda desde logo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Não faz parte do objeto a construção, conservação, administração, manutenção e exploração dos terminais de integração do transporte coletivo e nem a instalação, manutenção e exploração dos pontos de parada ao longo das vias (Cláusula VI). No valor da tarifa está incorporada a Tarifa de Utilização dos Terminais (TU), devida a outra concessionária responsável por aquelas providências. A alteração dos valores da TU enseja a revisão do equilíbrio econômico-financeiro (Item 3.8 do Anexo V – Manual de Cálculo Tarifário e Termo de Referência Proposta Final do Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013).

O regime jurídico aplicável é o de direito público, com destaque especial para a Lei Municipal n. 34/1999 (que dispõe sobre o Sistema de Transporte Coletivo de

Passageiros no Município de Florianópolis e dá outras providências), a Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 8.987/1995, a Lei n. 9.074/1995, Lei n. 9.648/1998 e a Lei n. 14.133/2021. Aplicam-se subsidiariamente os princípios da teoria geral dos contratos e do direito privado.

Atribui-se expressamente ao concedente a prerrogativa de alterar as cláusulas de serviço para melhor adequação às finalidades de interesse público; de rescindir o contrato; de fiscalizar a sua execução; e de aplicar sanções (Cláusula IV).

A concessão é explorada mediante a cobrança direta de tarifa dos usuários, permitindo-se receitas alternativas com a exploração da frota como meio de publicidade.

A receita com publicidade integra o risco da concessionária, não dando ensejo à revisão do equilíbrio econômico-financeiro (Item 3.9 do Anexo V do Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013). Há previsão nesse tópico, embora pouco claro no contrato, de “outros formatos de exploração de publicidade”, cuja implementação independe de análise e concordância prévia do concedente.

Para o início da operação do serviço, houve o pagamento de subsídio proveniente de recursos do orçamento municipal, com a previsão de revisão da tarifa base em caso de alteração ou extinção da receita tarifária complementar (Cláusula VII).

Como está previsto no edital, a concessionária assumiu a comercialização de todos os créditos eletrônicos de transporte para uso no serviço a partir da data de início de sua operação, não tendo direito a participação em receitas dessa comercialização auferidas anteriormente. É obrigada, entretanto, a transportar todos os usuários detentores de créditos eletrônicos. Ao final da concessão não será obrigada a repassar aos futuros concessionários nenhuma receita decorrente de créditos eletrônicos comercializados até as 23h59min do dia de encerramento da concessão (item 29.2.3, Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013).

O valor do contrato é de R\$96.874.359,00 (noventa e seis milhões e oitocentos e setenta e quatro mil e trezentos e cinquenta e nove reais), arbitrado de acordo com o montante dos investimentos (Cláusula IX).

Em relação aos riscos, cuja alocação será objeto de análise detalhada, a concessionária assumiu integral responsabilidade por aqueles inerentes à concessão,

ressalvados os casos expressamente previstos e as situações elencadas em Lei e na matriz de riscos que constitui o Anexo VII do Edital (Cláusula XI).

O Município de Florianópolis tomou para si o risco de demanda, consistente na redução do total anual de passageiros em relação aos números apresentados no projeto básico, caso a defasagem for superior a 3% (três por cento) da quantidade anual prevista. Em outras palavras, se o número anual de usuários for inferior ao projetado em pelo menos 3%, o concedente deverá promover o reequilíbrio econômico-financeiro.

No Anexo II – Projeto Básico, do Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013, há projeção da demanda de passageiros (demanda equivalente), elaborada pelo concedente a partir de séries históricas de anos imediatamente anteriores à publicação do edital (anos de 2011 e 2012), inclusive com detalhamento por tipo de tarifa (demanda equivalente para cálculo do subsídio). Essas informações são relevantes não só para o dimensionamento do sistema, mas também porque servem de parâmetro para a definição do equilíbrio econômico-financeiro. No item 4.3.1 do Projeto Básico, estipulou-se uma taxa de crescimento e projeções da demanda equivalente. Por outro lado, o concedente assumiu o risco de demanda caso o número efetivo anual de passageiros fosse inferior à projeção em pelo menos 3%.

Excluiu-se expressamente do risco a ser assumido pela concessionária o desequilíbrio econômico-financeiro causado por conduta omissiva ou comissiva do poder concedente, por fato do príncipe, por caso fortuito ou força maior ou qualquer evento em razão do qual a lei ou o contrato assegure a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Recaem sobre o Município de Florianópolis, portanto, os riscos dos Eventos Extraordinários (Cláusula XII).

Quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, o contrato o constituiu como princípio fundamental do regime jurídico da concessão, tratando por pressuposto básico a manutenção do equilíbrio entre os encargos da concessionária e as receitas da concessão, originalmente formado pelas regras do edital de licitação, do contrato, e pelos compromissos assumidos na proposta vencedora da licitação. A tarifa base e as tarifas diferenciadas dela decorrentes deverão ser preservadas pelas regras de reajuste e de revisão, assegurando-se, em caráter permanente, a equação econômico-financeira do contrato (Cláusula XIII).

Os critérios de reajuste da tarifa estão descritos na Cláusula XVIII.

O contrato previu as hipóteses de revisão da tarifa como forma de restabelecer a equação originária entre os encargos da concessionária e as receitas da concessão, sempre que ocorrerem situações que afetem o equilíbrio econômico-financeiro. Optou-se por elencar, em rol exemplificativo, alguns fatos que, individualmente ou em conjunto, dão ensejo à revisão:

- a) variações nas quantidades anuais de passageiros em percentual superior ou inferior a 3% dos montantes previstos no projeto básico;
- b) variações na quilometragem rodada do sistema em relação aos previstos no projeto básico, considerando sempre todas as repercussões sobre os investimentos, custos e a receita;
- c) variação na proporção de usuários pagantes que compõem as tarifas diferenciadas, em relação à proporção inicialmente considerada na proposta financeira;
- d) alteração na política de diferenciação tarifária, com modificação dos fatores de multiplicação ou descontos aplicáveis à tarifa base;
- e) variação da composição de investimentos em frota, decorrente de determinação do Município de Florianópolis, em razão de acréscimo ou diminuição de veículos, mudança de modal ou tipo de veículo, ou modificação de vida útil ou idade média máxima;
- f) criação, alteração ou extinção de tributos que incidem sobre o serviço ou a receita da concessionária, ressalvado o imposto sobre a renda, ou superveniente disposição legal, após a proposta financeira, de comprovada repercussão nos custos da concessionária, para mais ou para menos;
- g) acréscimo ou supressão dos encargos previstos no projeto básico, para mais ou para menos;
- h) acréscimo ou redução dos custos da concessionária resultante de ocorrências supervenientes, como força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração ou outras interferências imprevistas;
- i) alteração unilateral do contrato que comprovadamente altere os encargos da concessionária, para mais ou para menos;

- j) receita complementar auferida pela concessionária, observado o Valor Presente Líquido - VPL resultante do fluxo de caixa da proposta financeira atualizado até a data da respectiva revisão da tarifa;
- k) alteração do valor da tarifa de utilização dos terminais de integração em percentual distinto dos reajustes e/ou revisões aplicadas à tarifa base e às tarifas diferenciadas dela decorrentes;
- l) alteração ou extinção do subsídio.

Importante destacar que, conforme item 4 da Cláusula XIX, o parâmetro verificador do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é o Valor Presente Líquido – VPL resultante do fluxo de caixa da proposta financeira da concessionária, devidamente atualizado até a data da respectiva revisão da tarifa.

A proposta da licitante vencedora, apresentada com observância de todos os requisitos do Anexo V do Edital, apresentou o seguinte fluxo de caixa, apontando como *Valor Presente Líquido – VPL negativo na ordem de R\$5.678.086,38*, a uma taxa de desconto de 9% ao ano, e uma *Taxa Interna de Retorno – TIR de 8,32%*, com a previsão de retorno dos investimentos em 13,1 anos.

Tabela 1 – Fluxo de caixa da proposta vencedora da licitação

FLUXO DE CAIXA

DATA BASE: 01/01/2014

DADOS DE ENTRADA: **TARIFA MÁXIMA: R\$ 2,75**

ANO	RECEITA	INVESTIMENTOS			CUSTOS	TRIBUTOS	CAIXA	
	ARRECADADAÇÃO TOTAL (R\$)	INVESTIMENTOS INICIAIS (R\$)	REPOSIÇÕES E RENOVAÇÕES (R\$)	INVESTIMENTOS EM FROTA (R\$)	FIXOS + VARIÁVEIS + GARANTIA (R\$)	TOTAL (R\$)	SALDO ANUAL (R\$)	SALDO ACUMULADO (R\$)
1	167.619.716	96.874.359	-	13.230.700	143.617.651	5.100.533	(91.203.527)	(91.203.527)
2	168.371.310		-	8.830.362	147.704.718	4.085.462	7.750.768	(83.452.758)
3	170.239.982		-	19.195.264	147.682.496	4.843.380	(1.481.157)	(84.933.916)
4	173.064.616		-	17.599.008	147.660.274	5.538.615	2.266.719	(82.667.197)
5	172.214.482		-	8.358.990	147.638.051	4.701.131	11.516.309	(71.150.888)
6	174.811.872		-	14.829.888	147.615.829	7.075.688	5.290.466	(65.860.422)
7	176.067.235		-	13.265.730	147.593.607	7.381.206	7.826.692	(58.033.730)
8	177.378.917		-	13.005.596	147.571.385	7.825.327	8.976.609	(49.057.121)
9	178.337.760		-	14.289.054	147.549.162	8.229.731	8.269.812	(40.787.309)
10	179.227.386		5.400.000	10.635.121	147.526.940	8.352.651	7.312.674	(33.474.635)
11	180.804.367		5.400.000	11.602.597	147.526.940	8.848.228	7.426.602	(26.048.033)
12	182.150.933		-	15.051.309	147.526.940	9.611.284	9.961.400	(16.086.633)
13	183.453.364		-	10.930.541	147.526.940	10.046.540	14.949.343	(1.137.290)
14	186.094.756		-	19.107.500	147.526.940	11.110.415	8.349.901	7.212.611
15	187.223.414		-	22.148.826	147.526.940	11.570.489	5.977.159	13.189.771
16	188.663.171		-	12.864.644	147.526.940	12.019.263	16.252.324	29.442.094
17	189.830.873		-	13.093.354	147.526.940	12.137.109	17.073.470	46.515.564
18	190.832.431		-	10.959.984	147.526.940	12.370.585	19.974.922	66.490.486
19	191.961.706		-	7.490.300	147.526.940	12.900.694	24.043.772	90.534.258
20	224.176.530		-	-	147.526.940	7.705.935	68.943.655	159.477.913
TOTAIS	3.642.524.821	96.874.359	10.800.000	256.488.769	2.947.429.515	171.454.267	159.477.913	

TAXA DE DESCONTO DO VPL: **9,00% ao ano**VPL (R\$): **(5.678.086,38)**TIR: **8,32%**PAY-BACK (em anos): **13,1**

Fonte: Estudo de Viabilidade Econômico-Financeiro da proposta vencedora da licitação regulada pelo Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013 (extraída da ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023)

Dentre outras medidas, e desde que adotadas em proporção suficiente para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro, em complementação ou alternativamente ao aumento do valor da tarifa, há possibilidade de se a conceder compensação financeira direta à concessionária ou a adequação da oferta de serviço e/ou dos investimentos exigidos (Cláusula XIX, item 5).

O procedimento de revisão da tarifa pode ter início de ofício pelo concedente ou mediante requerimento formulado pela concessionária, acompanhado de relatório técnico ou laudo pericial que demonstre o impacto ou a repercussão do evento de desequilíbrio sobre os principais componentes de custos considerados na formulação da proposta financeira e/ou sobre as receitas. O prazo para decisão é de trinta dias contado da data de sua instauração de ofício ou mediante requerimento, assegurando, previamente, o contraditório, e após prestados os esclarecimentos e justificativas, se necessários (Cláusula XIX, itens 6 e 7).

Confirmada a necessidade de revisão da tarifa, o concedente decretará seu novo valor, além de adotar outras medidas imprescindíveis ao reequilíbrio (compensação direta ou adequação da oferta de serviços ou de investimentos) (Cláusula XIX, item 8).

O contrato também prevê o que se entende por serviço adequado, dispondo ser aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade da tarifa. Cada um desses termos contém definição própria no instrumento, e, em linhas gerais, vinculam-se ao atendimento das normas técnicas e parâmetros definidos no projeto básico. Há previsão expressa de que não se caracteriza a descontinuidade do serviço a sua interrupção em situações de caso fortuito ou força maior (Cláusula XV).

Finalmente, o instrumento estabelece as formas de extinção da concessão, merecendo destaque a encampação. Nesse caso, a retomada do serviço pelo concedente por motivo de interesse público necessita de lei autorizativa específica e demanda:

- a) a indenização prévia das parcelas dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados, deduzidos os ônus financeiros remanescentes;
- b) a desoneração prévia da concessionária relativamente às obrigações decorrentes de contratos de financiamentos relacionados à prestação do serviço;
- c) a indenização prévia de todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações devidas a fornecedores, contratados e terceiros;

d) a indenização prévia, a título de lucros cessantes, da remuneração do capital pelo rompimento antecipado, com base na proposta, através da margem de receita líquida prevista para o prazo restante da concessão (Cláusula XXVIII).

Permite-se a contratação de terceiros para o desenvolvimento e a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares à concessão (Cláusula XXX).

São deveres gerais das partes a cooperação e a prestação de auxílio mútuo na consecução dos objetivos e das metas da concessão (Cláusula XXXIII).

A alteração do contrato pode ser feita de modo unilateral pelo concedente, como é característico dos contratos administrativos, desde que resguardado o equilíbrio econômico-financeiro inicial, e também mediante acordo. Nesse último caso, quando for conveniente para a substituição de garantias contratuais, ou quando necessária a modificação para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos e as receitas da concessão, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro.

A supressão unilateral, pelo concedente, de serviços para os quais a concessionária já houver adquirido materiais ou contratado e recebido serviços deverão ser indenizados pelos custos da aquisição. Há previsão expressa no instrumento de que os reajustes e revisões não caracterizam alteração contratual, e que a modificação, cisão, fusão ou criação de novas linhas também não implicam na alteração do ajuste, mas, caso importe em desequilíbrio, dará ensejo à revisão da tarifa (Cláusula XXXVI).

Quanto à rescisão do ajuste, a Cláusula XXXVII prevê a necessidade de ação judicial pela concessionária, admitindo a paralização ou interrupção dos serviços apenas após o trânsito em julgado da decisão judicial ou a celebração de acordo.

Há, ainda, estipulação de causas justificadoras da inexecução do contrato. Se resultante de força maior, de caso fortuito, de fato do príncipe, de fato da Administração e de interferência imprevista, exonera a concessionária de qualquer responsabilidade pelo atraso no cumprimento dos cronogramas físicos de implantação dos serviços, bem como pelo descumprimento das obrigações emergentes do contrato. Em havendo qualquer desses eventos extraordinários supervenientes à assinatura do ajuste, o contrato prevê a necessidade de negociação, ao dispor: “as

partes acordarão se haverá lugar à reposição do equilíbrio econômico e financeiro deste CONTRATO, nos termos nele previstos, ou à sua extinção” caso a impossibilidade de seu cumprimento se torne definitiva (Cláusula XXXVIII).

Pode-se cogitar, aqui, da pactuação de uma cláusula de *hardship*, assim definida por Judith H. Martins-Costa como a cláusula cuja eficácia consiste em provocar uma renegociação do contrato sempre que houver mudança das circunstâncias. Tendo as partes ciência de que as circunstâncias nas quais o contrato foi formado podem ser alteradas por superveniências relevantes, com impacto na economia contratual, “reservam-se o poder de determinar, por meio do mútuo consenso, a incidência destas circunstâncias supervenientes sobre o equilíbrio entre as prestações impedindo, pois, que o acaso ou a sorte venham a governar a sua relação” (MARTINS-COSTA, 2010, pág. 14)

Por fim, as últimas informações relevantes: há previsão de que as indenizações devidas à concessionária deverão ser apuradas em processo administrativo, com “pleno conhecimento das partes”, e pagamento em espécie em até sessenta dias após a definição (Cláusula XLVIII); não houve convenção de arbitragem; elegeu-se o foro da Comarca de Florianópolis o juízo responsável para dirimir possíveis dúvidas e controvérsias oriundas do contrato.

3.2 A MATRIZ DE ALOCAÇÃO DE RISCOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO N. 462/SMMU/2014

Como regra do regime de concessão comum, a concessionária assume a execução dos serviços públicos por sua “conta e risco”. A abrangência dessa expressão já foi trabalhada no capítulo anterior.

Consoante previsão contida na Cláusula XI, a concessionária assumiu integral responsabilidade pelos riscos inerentes à concessão, ressalvados os casos expressamente previstos no contrato e as situações delineadas em Lei e na matriz de riscos (Anexo VII do Edital).

O risco de demanda decorrente do erro de projeção constante do plano básico (Anexo II do Edital), desde que superior a 3%, recai sobre o concedente, dando ensejo à revisão tarifária (Cláusula XII). Também é risco do concedente a variação na

proporção de usuários pagantes que compõem as tarifas diferenciadas (Cláusula XIX).

De igual modo, recai sobre o concedente os riscos pelos eventos extraordinários supervenientes (força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração ou interferências imprevistas), conforme estipulação contida na Cláusula XIX.

Para além dessas previsões pontuais, no Anexo VII – Matriz de Riscos, do Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013 – há tabela que constitui a matriz de alocação de riscos, com a indicação da natureza do risco, de qual o seu tipo, da sua definição, a quem ele é alocado, de qual a dimensão do impacto no equilíbrio econômico-financeiro e das possíveis medidas a serem adotadas para a sua neutralização/mitigação.

Pela sua relevância, deve ser na íntegra reproduzida:

Tabela 2 – Anexo VII do Edital de Concorrência n. 607/SMA/DLC/2013

MATRIZ DE RISCO DO SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE FLORIANÓPOLIS					
RISCO	TIPO DE RISCO	DEFINIÇÃO	ALOCAÇÃO	IMPACTO	MITIGAÇÃO
<i>Demanda</i>	Erro de projeção	Redução / aumento da demanda projetada nos estudos do Poder Concedente	Público / Privado	Alto	Realização de estudos embasados em informações atuais e fidedignas. Projeção de demanda baseada em índices confiáveis e conservadores.
	Ambiente Macroeconômico	Redução / aumento inesperada da demanda causada pelo desempenho da economia.	Público / Privado	Médio / Alto	Incentivos tarifários e outros para estimular a demanda. Cláusula contratual prevendo Reequilíbrio pelo excesso / redução da demanda.
	Desvio de Modal	Redução de demanda permanente por desvio para novo modal concorrente (trem teleférico).	Público	Médio	Implantação pela concessionária de mecanismos que visem o aumento da competitividade.
	Interferência do Poder Concedente	Redução / aumento da demanda devido a interferências diretas do Poder Concedente	Público	Baixo	Reequilíbrio
<i>Quilometragem rodada</i>	Erro de projeção	Redução / aumento da	Público	Baixo	Reequilíbrio

MATRIZ DE RISCO DO SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE FLORIANÓPOLIS					
RISCO	TIPO DE RISCO	DEFINIÇÃO	ALOCÇÃO	IMPACTO	MITIGAÇÃO
		quilometragem projetada nos estudos do Poder Concedente			
<i>Varição da frota</i>	Ambiente Macroeconômico	Redução / aumento inesperado da frota causada pelo aumento / redução da demanda.	Público privado/	Médio	Reequilíbrio
<i>Greves ou Paralisações dos empregados</i>	Econômico	Greves ou paralisações promovidas pelos empregados da concessionária	Privado	Médio	Implantação pela concessionária de mecanismos que visem o entendimento.
<i>Custos operacionais</i>	Tecnologia	Tecnologia empregada nos serviços da concessão	Privado	Baixo	Implantação pela concessionária de mecanismos de controle
	Responsabilidade	Responsabilidade de civil, administrativa e criminal penal por danos ambientais e a terceiros decorrentes da operação das linhas	Privado	Baixo	Implantação pela concessionária de mecanismos de controle
	Perecimento	Perecimento, destruição, roubo, furto ou perda de bens da Permissão.	Privado	Baixo	Implantação pela concessionária de mecanismos de controle
<i>Financeiros</i>	Capital	Aumento do custo de capital	Privado	Médio	Implantação pela concessionária de mecanismos de controle
	Taxas de câmbio	Varição das taxas de câmbio	Privado	Médio	Implantação pela concessionária de mecanismos de controle
	Inflação	Inflação	Privado	Médio	Implantação

MATRIZ DE RISCO DO SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE FLORIANÓPOLIS					
RISCO	TIPO DE RISCO	DEFINIÇÃO	ALOCAÇÃO	IMPACTO	MITIGAÇÃO
		superior ou inferior ao índice utilizado para reajuste da tarifa			pela concessionária de mecanismos de controle
<i>Fatos da Administração e do Príncipe</i>	Contrato	Alteração unilateral do contrato	Público	Baixo	Reequilíbrio
	Tributos	Criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da proposta, exceto IR.	Público	Baixo	Reequilíbrio

Fonte: Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013 (extraída da ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023)

Outro risco pontuado na matriz também merece destaque: o de demanda, do tipo “interferência do Poder Concedente”, definido como a “redução da demanda devido a interferências diretas do Poder Concedente”. Esse risco foi alocado ao ente público titular do serviço e o impacto previsto seria de baixo grau. A concretização desse risco, segundo a matriz, daria ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro como medida mitigadora.

Portanto, para além de atribuir expressamente ao concedente o risco dos eventos extraordinários, o contrato deixou claro em sua matriz ser possível o reequilíbrio econômico-financeiro como forma de mitigação das consequências prejudiciais à economia contratual oriundas de interferência direta do Poder Concedente que implique na redução da demanda.

Essa previsão expressa na matriz de riscos, de que a queda da demanda causada por interferência direta do Poder Concedente, ainda que lícita, não deixa dúvidas – como será aprofundado adiante – de que a concessionária faz jus ao reequilíbrio econômico financeiro nesse caso. Para além dos efeitos da pandemia em si sobre a demanda, o Poder Público chegou a editar atos suspendendo a prestação do serviço por vários dias e, em seguida, restringindo o seu regular funcionamento – tal como será detalhado na seção a seguir, o que, a toda evidência, tem por

consequência direta a queda da demanda. Também sob esse viés, o risco foi alocado ao concedente e a medida de mitigação estabelecida contratualmente é o reequilíbrio do contrato.

3.3 A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO PARA O ENFRENTAMENTO DA COVID-19

Antes mesmo da decretação da COVID-19 como pandemia global pela OMS, ocorrida em 11 de março de 2020, no Brasil já havia sido promulgada a Lei n. 13.979/2020 (6 de fevereiro de 2020), que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

Nessa lei estão contidos os procedimentos, restrições e limitações que poderiam ser adotados pelas autoridades para o enfrentamento da crise de saúde pública.

Por ocasião do julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os entes federados têm competência concorrente para legislar sobre saúde pública (art. 23, II, CR/88), de modo que os Estados, Distrito Federal e Municípios, ao lado da União, cada um no âmbito de suas atribuições, poderiam tomar providências normativas e administrativas no combate à pandemia (ADI 6341 MC-Ref, Relator: MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15-04-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020).

Essa decisão deu suporte para a proliferação, nas três esferas federativas, dos mais diversos atos normativos cujo objetivo – ao menos aquele declarado – era o combate à disseminação da doença. A atuação do Estado, nos três níveis, implicou, em maior ou menor grau, na limitação de direitos individuais.

Como destacado na introdução desse capítulo, foram identificados os decretos do Poder Público (Estado de Santa Catarina e Município de Florianópolis) que interferiram diretamente na execução do Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014, seja interrompendo ou suspendendo a prestação dos serviços, seja modificando substantivamente a sua execução mediante a imposição de obrigações/encargos não estabelecidas inicialmente, como a redução de frota,

limitação de ocupação, redução de horários e de trajetos, e, finalmente, a imposição de protocolos sanitários a serem cumpridos pela concessionária, inclusive com a aquisição de insumos e equipamentos para sua observância.

Passa-se, então, a elencar os relacionados diretamente ao serviço de transporte público coletivo de passageiros, a começar pelos editados pelo Estado de Santa Catarina, e, em seguida, pelo Município de Florianópolis.

3.3.1 Atos normativos expedidos pelo Estado de Santa Catarina

A apresentação se dará de forma bastante concisa, para evitar a repetição desnecessária, haja vista que muitos atos constituíram meras prorrogações de vigência dos anteriores.

Serão apresentados os atos normativos e seus respectivos números, com a indicação do principal dispositivo de interesse e o resumo de seu conteúdo. Em outras palavras, serão descritos sinteticamente os comandos contidos no decreto de repercussão no contrato, seja proibindo a prestação do serviço, seja suspendendo-a, seja impondo restrições ou determinando a realização de novos investimentos para o atendimento de protocolos sanitários.

Merece destaque o Decreto n. 515/2020, editado em 17.03.2020, que foi o primeiro a declarar situação de emergência em todo o território estadual em razão da COVID-19, além de impor a suspensão de serviço de transporte coletivo urbano municipal.

A ele se seguiram vários, abaixo listados:

- a) Decreto n. 515/2020 (17.03.2020) – art. 2º, inciso I – proibiu a circulação de veículos de transporte coletivo urbano municipal, intermunicipal e interestadual de passageiros;
- b) Decreto n. 521/2020 (19.03.2020) – art. 1º – proibiu a circulação e o ingresso, no território e estadual, de veículos de transporte coletivo de passageiros, interestadual ou interna interestadual ou internacional, público ou privado, e de veículos de fretamento para transporte de pessoas.
- c) Decreto n. 525/2020 (23.03.2020) – art. 7º – suspendeu pelo período de 7 (sete) dias: a) as atividades e os serviços privados não essenciais, a

- exemplo de academias, shopping centers, bares, restaurantes e comércio em geral; b) os serviços públicos considerados não essenciais, em âmbito municipal, estadual e federal, que não puderem ser realizados por meio digital ou mediante trabalho remoto; c) a entrada de novos hóspedes no setor hoteleiro; d) a circulação de veículos de transporte coletivo urbano municipal e intermunicipal de passageiros;
- d) Decreto n. 535/2020 (30.03.2020) – art. 1º, inciso I – prorrogou por mais sete dias a vigência o Decreto n. 525/2020.
- e) Decreto n. 550/2020 (07.04.2020) – art. 1º, inciso I – prorrogou por mais cinco dias a vigência o Decreto n. 525/2020.
- f) Decreto n. 554/2020 (11.04.2020) – art. 1º, inciso I – suspendeu até 30 de abril de 2020 a circulação de veículos de transporte coletivo urbano municipal e intermunicipal de passageiros.
- g) Decreto n. 562/2020 (17.04.2020) – art. 8º, inciso I – suspendeu até 30 de abril de 2020 a circulação de veículos de transporte coletivo urbano municipal e intermunicipal de passageiros.
- h) Decreto n. 587/2020 (30.04.2020) – art. 1º – suspendeu por tempo indeterminado a circulação de veículos de transporte coletivo urbano municipal e intermunicipal de passageiros.
- i) Decreto n. 724/2020 (17.07.2020) – art. 2º – suspendeu, nos Municípios que compõem as regiões de saúde classificadas como de risco gravíssimo na matriz de risco epidemiológico-sanitário da Secretaria Estadual de Saúde, pelo período de quatorze dias, contados a partir de 20 de julho de 2020, a circulação de veículos de transporte coletivo urbano municipal e intermunicipal de passageiros.
- j) Decreto n. 740/2020 (24.07.2020) – art. 8º-B – prorrogou a suspensão do Decreto Estadual n. 724/2020, nas mesmas condições, pelo período de mais quatorze dias, contados a partir de 25 de julho de 2020;
- k) Decreto n. 792/2020 (14.08.2020) – art. 8º-B, I – suspendeu por tempo indeterminado, a partir de 15.08.2020, a circulação de veículos de transporte coletivo urbano municipal e intermunicipal de passageiros;
- l) Decreto n. 970/2020 (04.12.2020) – art. 1º, inciso III – ficam estabelecidas, em todo o território catarinense, pelo prazo de 15 (quinze dias), as

seguintes medidas de enfrentamento da COVID-19: funcionamento do transporte coletivo urbano municipal, respeitada a ocupação máxima de 70% (setenta por cento) da capacidade do veículo);

- m) Decreto n. 1.168/2021 (24.02.2021) – art. 1º, inciso III – Ficam estabelecidas, em caráter extraordinário, pelo período de 15 (quinze) dias, em todo o território catarinense, as seguintes medidas de enfrentamento da COVID-19: para o transporte coletivo urbano municipal, transporte coletivo intermunicipal e transporte coletivo interestadual, limite de ocupação de 50% (cinquenta por cento) de passageiros sentados, em todos os níveis de risco;
- n) Decreto n. 1.172/2021 (25.02.2021) – art. 7º – alterou o Decreto n. 1.168/2021, suprimindo a expressão “passageiros sentados”;
- o) Decreto n. 1.267/2021 (30.04.2021) – art. 2º, inciso VI – estabeleceu, em todo o território catarinense, de 20 de março de 2021 até 17 de maio de 2021, as seguintes medidas de enfrentamento da COVID-19: para o transporte coletivo urbano municipal, transporte coletivo intermunicipal e transporte coletivo interestadual, limite de ocupação de 50% (cinquenta por cento) por veículo no gravíssimo, 70% (setenta por cento) no nível grave e 100% (cem por cento) nos nível alto e moderado, mantidas todas as linhas e itinerários e observados os regramentos definido na Portaria Conjunta SI/SES nº 22 de 11 de janeiro de 2021, ou outra que a substitua;
- p) Decreto n. 1.276/2021 (17.05.2021) – art. 2º, inciso VI – estabeleceu, em todo o território catarinense, de 18 de maio de 2021 até 31 de maio de 2021, as seguintes medidas de enfrentamento da COVID-19: para o transporte coletivo urbano municipal, transporte coletivo intermunicipal e transporte coletivo interestadual, limite de ocupação de 50% (cinquenta por cento) por veículo no gravíssimo, 70% (setenta por cento) no nível grave e 100% (cem por cento) nos nível alto e moderado, mantidas todas as linhas e itinerários e observados os regramentos definido na Portaria Conjunta SI/SES nº 22 de 11 de janeiro de 2021, ou outra que a substitua;
- q) Decreto n. 1.306/2021 (31.05.2021) – art. 1º – prorrogou as regras do Decreto n. 1.276/2021 até 15 de junho de 2021;

- r) Decreto n. 1.330/2021 (15.06.2021) – art. 1º – prorrogou as regras do Decreto n. 1.276/2021 até 30 de junho de 2021;
- s) Decreto n. 1.351/2021 (30.06.2021) – art. 3º - prorrogou as regras do Decreto n. 1.276/2021 até 14 de julho de 2021.

Foram essas as medidas tomadas pelo Estado de Santa Catarina no enfrentamento da pandemia da COVID-19 que impactaram diretamente o serviço de transporte coletivo objeto do Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014.

3.3.2 Atos normativos expedidos pelo Município de Florianópolis

Por sua vez, o Município de Florianópolis, parte no contrato administrativo em questão, mas atuando enquanto corresponsável pela busca do bem comum e pela execução das políticas públicas, em especial àquelas relacionadas à saúde, editou os decretos abaixo relacionados, de conteúdo muito similar aos do Estado de Santa Catarina, ora proibindo completamente a prestação do serviço, ora restringindo-a, outras vezes impondo a realização de novos investimentos para o cumprimento de protocolos sanitários.

Embora não trate diretamente do transporte coletivo municipal, como os demais, foi o Decreto n. 21.340/2020, de 13 de março de 2020, que dispôs sobre as medidas de enfrentamento da COVID-19 em âmbito municipal.

Os demais, a seguir listados, contêm disposições diretamente relacionadas ao contrato de concessão.

- a) Decreto n. 21.354/2020 (18.03.2020) – art. 1º – ratificou as disposições do Decreto Estadual n. 515/2020, dentre as quais a que proibiu a circulação de veículos de transporte coletivo urbano municipal, intermunicipal e interestadual de passageiros;
- b) Decreto n. 21.357/2020 (19.03.2020) – art. 1º – proibiu a entrada e circulação de ônibus, micro-ônibus e vans, de transporte coletivo e de transporte turístico de passageiros no município de Florianópolis, inclusive pelas pontes que dão acesso à Ilha de Santa Catarina;

- c) Decreto n. 21.569/2020 (15.05.2020) – art. 11, inciso X – proibiu a entrada e circulação de ônibus, micro-ônibus e vans, de transporte coletivo e de transporte turístico de passageiros no município de Florianópolis, inclusive pelas pontes que dão acesso à Ilha de Santa Catarina.
- d) Decreto n. 21.620/2020 (02.06.2020) – art. 1º – alterou o art. 11, X do Decreto Municipal n. 21.569/2020. Em relação ao serviço de transporte: manteve a proibição em todo território de Florianópolis o ingresso de veículos de transporte rodoviário intermunicipal e interestadual de passageiros, público ou privado, bem como de veículos de turismo e de fretamento para transporte de pessoas, exceto os expressamente autorizados pela Secretaria de Saúde ou Secretaria de Mobilidade e Planejamento Urbano de Florianópolis e o transporte coletivo urbano municipal e intermunicipal, que passam a funcionar na forma do art. 11-A do Decreto. E, ainda, acresceu o Art. 11-A: A retomada dos serviços de transporte coletivo urbano em Florianópolis, ou que tenham como origem ou destino o município, a incluir aqueles de característica intermunicipal, seguirão as seguintes exigências mínimas, cujas especificações e procedimentos deverão ser aprovados ou autorizados pela Secretaria Municipal de Saúde via autorização ou Portaria: I - Quanto às medidas preventivas gerais para as frotas: a) a ocupação total permitida para circulação será de 40% da capacidade do veículo; b) todos os veículos devem dispor de dispenser de álcool gel 70% em pelo menos dois pontos de fácil acesso aos usuários; c) o consórcio e operadores de transporte coletivo deverão integrar sistema definido pela Secretaria Municipal de Saúde para a efetivação de registro de presença de usuários (check-in) por meio do cadastro individual dos veículos, procedendo a adequada identificação por adesivos para a efetivação do registro via QR CODE; e) os veículos deverão utilizar ventilação forçada, quando houver, e circular com janelas abertas; f) as empresas deverão prever um sistema especial de higienização ao longo do dia e nas garagens; g) o concessionário municipal deverá observar a frota indicada pela Secretaria Municipal de Saúde e pela Secretaria Municipal de Mobilidade e Planejamento Urbano, para o atendimento adequado aos padrões de segurança exigidos pela

Vigilância Sanitária municipal; h) Os operadores intermunicipais deverão ofertar frota compatível com os padrões municipais e que garantam a ocupação máxima por veículo indicada. II - Quanto as medidas preventivas gerais para os terminais: a) os terminais deverão contar com equipe para orientação e comunicação, a fim de controlar as filas e os atendimentos; b) deverá ser ampliada a oferta de lavatórios e pontos de álcool gel; c) o pagamento em dinheiro será admitido nos terminais, os quais também contarão com pontos de venda de cartões pré-pagos; d) o uso da máscara é obrigatório e deve ser contínuo; e) higienização constante e obrigatória das mãos; f) sistema especial de higienização da infraestrutura. III - Quanto às medidas preventivas gerais para os funcionários: a) deverá ser feita a análise da condição de saúde dos funcionários antes do início da operação, cujos resultados deverão ser submetidos para apreciação da Secretaria Municipal de Saúde; b) as empresas deverão prever um sistema de testagem, validado pela Secretaria Municipal de Saúde, para todos os funcionários; c) é obrigatório o uso contínuo de EPIS adequados para cada função; d) os funcionários deverão participar de treinamentos para boas práticas no trabalho e retorno à residência voltado a proteção familiar; e) é obrigatório o preenchimento de formulário de auto avaliação de saúde, bem como a aferição diária de temperatura e, sendo verificada temperatura de 37,8°C (trinta e sete vírgula oito graus Celsius) ou superior, ou a declaração de sintomas por parte do funcionário, o mesmo deverá ser afastado, devendo comunicar imediatamente a Vigilância Epidemiológica do município; f) sendo detectados funcionários com sintomas relacionados ao COVID-19, estes deverão comunicar imediatamente a Vigilância Sanitária e permanecer em isolamento domiciliar pelo período de quatorze dias. IV - Quanto às orientações gerais aos usuários: a) fica recomendado o uso do transporte somente em caso de necessidade; b) o uso da máscara é obrigatório e deve ser contínuo no transporte ou nos terminais, ficando vedado o consumo de alimentos no interior dos veículos; c) deverá ser realizada a higienização constante das mãos; d) os usuários deverão respeitar às orientações das equipes do Consórcio e da Prefeitura Municipal de Florianópolis; e) o distanciamento de outros usuários é

obrigatório; f) sempre que possível, os usuários deverão realizar o check in por QR CODE; g) é vedado o uso do transporte coletivo por usuário com sintomas relacionados ao COVID-19; h) fica recomendada a não utilização do transporte coletivo por usuários classificados como grupo de risco. § 1º A Prefeitura de Florianópolis, por meio da Secretaria de Mobilidade e Planejamento Urbano, irá gerir o acompanhamento da operação do sistema municipal, em especial, a partir da Central de Controle de Operações, onde realizará a aferição constante dos indicadores, acompanhamento em tempo real das câmeras e dos sistemas on-line disponibilizados, cadastro de eventos, controle de viagens extras e relatórios, a fins de obter eficiência, determinar viagens extras e correções a qualquer tempo, bem como o acionamento e apoio dos fiscais de campo da Guarda Municipal e vigilância sanitária. § 2º Para fins do disposto no § 1º deste artigo, caberá à concessionária do transporte coletivo urbano de Florianópolis, o fornecimento de equipamentos de acordo com as necessidades indicadas pela SMPU para o adequado acompanhamento operacional, bem como garantir o livre acesso às instalações conforme alínea 1.24 da cláusula XXIII do Contrato de Concessão nº 462/SMMU/2014.

- e) Decreto n. 21.957/2020 (04.09.2020) – art. 1º, inciso XXXIV – manutenção da proibição do ingresso de veículos de transporte rodoviário intermunicipal e interestadual de passageiros, público ou privado, bem como de veículos de turismo e de fretamento para transporte de pessoas no município, exceto os expressamente autorizados pela Secretaria Municipal de Saúde; Art. 5º altera o art. 11-A, I, “a”, do Decreto n. 21.596/2020: a ocupação total permitida para circulação será de 50% (cinquenta por cento) da capacidade do veículo;
- f) Decreto n. 22.043/2020 (24.09.2020) – art. 1º – autoriza o ingresso de veículos de transporte rodoviário intermunicipal e interestadual de passageiros, público ou privado, bem como de veículos de turismo e de fretamento para transporte de pessoas, mediante cumprimento do protocolo expedido pela Secretaria de Saúde, Anexo Único deste Decreto. Parágrafo único. O não cumprimento dos protocolos expedidos pela Secretaria de Saúde pelos prestadores de serviço de transporte a que se

refere o caput deste artigo ensejará em suspensão de suas atividades pelo período mínimo de 7 (sete) dias;

- g) Decreto n. 22.367/2021 (05.01.2021) – art. 1º, inciso IX – autoriza o funcionamento de veículos de transporte rodoviário intermunicipal e interestadual de passageiros, público ou privado, bem como de veículos de turismo e de fretamento para transporte de pessoas, segundo os critérios estabelecidos no Decreto nº 22.043, de 2020;
- h) Decreto n. 22.398/2021 (20.01.2021) – art. 1º – prorroga por quatorze dias as medidas previstas no Decreto n. 22.367/2021 – art. 2º – altera o art. 11-A, I, “a”, do Decreto n. 21.596/2020: a ocupação permitida para circulação será de 100% (cem por cento) da capacidade das frotas descritas no caput, estando a região classificada com potencial de risco grave, e será de 70% (setenta por cento) estando a região classificada como gravíssimo;
- i) Decreto n. 22.437/2021 (05.02.2021) – art. 1º – prorroga por quatorze dias as medidas previstas no Decreto n. 22.367/2021;
- j) Decreto n. 22.571/2021 (19.02.2021) – art. 1º – prorroga por quatorze dias as medidas previstas no Decreto n. 22.367/2021;
- k) Decreto n. 22.611/2021 (05.03.2021) – art. 1º – prorroga por quatorze dias as medidas previstas no Decreto n. 22.367/2021;
- l) Decreto n. 22.824/2021 (20.04.2021) - art. 1º – recepiona e ratifica, de imediato, todas as normas vigentes ou que venham a vigorar, relacionadas às medidas de enfrentamento ao COVID-19, editadas por meio de Leis, Decretos ou Portarias Estaduais.

Como se vê, incontáveis foram os decretos editados em âmbito estadual e municipal, entre os meses de março de 2020 a abril de 2021.

Alguns deles interrompendo totalmente a execução dos serviços; outros restringindo em maior ou menor grau a prestação, mediante o uso dos mais variados expedientes, como a redução variável da capacidade de ocupação, diminuição dos dias, horários e dos itinerários, e a imposição de protocolos de saúde.

Nesse ponto, merece destaque o Decreto n. 21.620/2020, do Município de Florianópolis, que impôs à concessionária a realização de investimentos consideráveis não previstos inicialmente, a saber:

- a) aquisição de dispenser de álcool gel 70% para toda a frota, em pelo menos dois pontos;
- b) instituição de sistema de registro de presença de usuários por meio do cadastro individual dos veículos, procedendo a adequada identificação por adesivos para a efetivação do registro via QR CODE;
- c) utilização de ventilação forçada em toda a frota;
- d) instituição de sistema especial de higienização diária nas garagens;
- e) análise da condição de saúde dos funcionários antes do início da operação;
- f) instituição de sistema de testagem para a COVID-19 para todos os funcionários;
- g) uso contínuo de EPIs adequados para a função e relacionados à COVID-19;
- h) realização de treinamentos de boas práticas;
- i) aferição diária de temperatura;
- j) acompanhamento da operação do sistema, a partir da Central de Controle de Operações, com a realização de aferição constante dos indicadores, acompanhamento em tempo real das câmeras e sistemas on-line disponibilizados, cadastro de eventos, controles de viagens extras e relatórios, mediante o fornecimento dos equipamentos imprescindíveis, de acordo com as necessidades indicadas pela Secretaria.

Todas essas limitações/restrições na execução do contrato, seguidas da imposição de novos encargos (investimentos) não foram acompanhadas das respectivas medidas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

3.4 A AÇÃO JUDICIAL N. 5068978-31.2020.8.24.0023

No contexto apresentado no tópico anterior, a concessionária apresentou, em abril e em junho de 2020, pelo menos dois pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro que não foram respondidos pelo concedente (processo administrativo n. I 1161/2020), a despeito da previsão contratual de resposta em até 30 (trinta) dias (Cláusula XIX).

A questão acabou por ser levada ao Poder Judiciário. A ação foi protocolizada em 28 de setembro de 2020 e autuada sob o n. 5068978-31.2020.8.24.0023, tendo por autor o Consórcio Fênix e por réu o Município de Florianópolis. A demanda foi distribuída para o juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

O Consórcio Fênix ingressou com demanda contra o Município de Florianópolis pretendendo, inclusive em liminar, compelir o ente público a apurar, e, até o primeiro dia de cada mês, repassar-lhe os valores necessários para o custeio de mão-de-obra de trabalhadores, de combustível, de lubrificantes e dos respectivos tributos incidentes sobre esses itens, enquanto perdurassem as limitações de atendimento no serviço público. Além disso, busca ser reconhecida a obrigação do Município de manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e de responder todo pedido de revisão tarifária em até 30 dias após a sua proposição, sob pena de multa.

Narrou na petição inicial que, em 18.03.2020, todo o sistema de transporte público de Florianópolis foi suspenso por determinação da Administração Pública Municipal, por meio do Decreto n. 21.354/2020, ratificando os termos do Decreto Estadual n. 515/2020. Na sequência, outros decretos municipais foram editados mantendo suspensas as atividades por quase 100 dias (Decreto Municipal n. 21.620/2020 e Decreto Estadual n. 562/2020).

Num acordo coletivo envolvendo sindicato das empresas de transporte coletivo e as autoridades sanitárias, foi estabelecido um plano sanitário extremamente cauteloso (Portaria SIE n. 321/2020), e, em 17.06.2020, foi autorizada a retomada do serviço público (Decreto n. 21.620/2020).

Poucos dias depois, todavia, houve nova suspensão a partir do dia 17.07.2020 (Decreto Estadual n. 724/2020). O sistema de transportes somente retornou a operar após 23 dias, em 10.08.2020.

Mesmo com a retomada, foram impostas diversas limitações: redução da frota operante para 46% da cadastrada; limitação da lotação dos veículos operantes em até 40% da capacidade, posteriormente majorada para 50% (Decreto n. 21.957/2020 de 04.09.2020); redução de 60% das linhas e horários; redução de operação de 53% dos veículos executivos; suspensão do transporte público nos sábados, domingos e feriados, com autorização posterior, em 26.09.2020, para operar somente nos sábados até às 14h; interrupção das aulas presenciais, retirando do transporte coletivo

todos os estudantes da rede pública e privada; determinação de trabalho remoto da quase totalidade dos servidores públicos municipais, retirando-os do sistema.

Desde o primeiro dia da retomada do serviço o volume de passageiros mostrou-se consideravelmente inferior ao que foi transportado nos meses anteriores a março de 2020, bem como no mesmo mês do ano de 2019, totalizando queda de 85% no número de passageiros. Conseqüentemente, as restrições impostas implicaram em queda na receita.

Por outro lado, argumentou que as despesas de custeio não sofreram redução na mesma proporção, o que fez surgir um passivo acumulado bastante significativo. As únicas despesas que se tornaram inferiores foram o volume de combustível usado e os gastos trabalhistas, em virtude da suspensão do contrato de trabalho de parte dos trabalhadores. Questionou o Município de Florianópolis a respeito de quais medidas deveriam ser adotadas para redução dos custos, mas, por não saber até quando durariam as restrições, foi impossibilitada de realizar demissões ou reduzir a frota operante.

Em relação à fundamentação jurídica propriamente dita, o Consórcio Fênix alegou ter o Município de Florianópolis atuado visando reduzir a circulação de pessoas, e, conseqüentemente, aumentar o índice de isolamento social, combatendo o aumento do contágio da população pelo COVID-19. Ao agir assim, a despeito de ser o titular do serviço público (art. 30, V, CR/88 e art. 18, II, Lei n. 12.587/12), o Município de Florianópolis buscou preservar a saúde da população, protegendo-a, o que caracterizaria fato do príncipe.

Portanto, os reflexos financeiros da proteção de todos não poderiam recair com exclusividade sobre a concessionária, mas deveriam ser suportados pela sociedade, através do Município de Florianópolis, titular do serviço e concedente.

Invocou, também, a teoria da imprevisão, dados o ineditismo e a gravidade dos fatos, de modo que seria obrigação do ente público assumir as responsabilidades financeiras decorrentes da suspensão das atividades, por ter sido ele quem optou pela suspensão/restricção como forma de proteção da saúde da população.

Na petição inicial, o Consórcio Fênix informou ter apresentado ao poder concedente, em 18.04.2020, o déficit entre receitas recebidas e despesas geradas após os primeiros trinta dias de paralização, postulando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Posteriormente, em 22.06.2020, formalizou novo

pedido, haja vista o acúmulo do déficit. Mencionou as cláusulas contratuais que determinam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a obrigatoriedade de seu restabelecimento imediato, e da previsão de que os requerimentos deveriam ser decididos em até 30 dias.

No entanto, não recebeu nenhuma resposta.

Pretende ver reconhecida judicialmente a obrigatoriedade da Cláusula XIX, item 7, do contrato de concessão, que confere o prazo de 30 dias para o poder concedente decidir os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, cabendo-lhe, com exclusividade, optar de que forma irá promovê-lo, seja mediante aumento da tarifa, seja pelo aumento do subsídio, ou, ainda, pelo pagamento de compensação financeira, na forma da Cláusula XIX, item 5, "a". Ressaltou, no entanto, que eventual reajuste de tarifa não seria viável, pois geraria apenas um aumento de faturamento futuro, o que não seria suficiente para a manutenção e custeio do serviço, que acumula prejuízos há vários meses.

Por fim, alegou ser necessária a concessão da tutela de urgência em virtude do risco iminente de não pagamento da remuneração dos empregados do Consórcio, por insuficiência de recursos, haja vista os sucessivos déficits. Para evitar a paralisação completa, postulou que o Município de Florianópolis fosse compelido a garantir o custeio da operação do serviço público do transporte coletivo de passageiros, cujos recursos devem ser destinados exclusivamente para mão-de-obra, combustível, lubrificantes e tributos sobre esses itens, enquanto perdurarem as limitações e restrições impostas ao serviço público.

A medida liminar, negada em primeiro grau de jurisdição, foi parcialmente concedida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina para determinar ao Município de Florianópolis, no prazo de 40 dias, a realização de auditoria e o levantamento e atualização do valor do déficit financeiro no contrato, decorrente das medidas de restrição à circulação de pessoas adotadas para conter a proliferação da pandemia de COVID-19. Obrigou o ente público, ainda, a adotar as medidas administrativas aptas a viabilizar o mínimo necessário para manutenção do sistema, em consonância com a referida auditoria, durante o período de restrição, entre as quais aquelas previstas no art. 9º, § 5º da Lei n. 12.587/2012, a critério da Administração Pública, todavia, sem comprometer o necessário para garantir a prestação dos serviços públicos essenciais, em observância ao princípio da reserva do possível (TJSC,

Agravo de Instrumento n. 5034223-50.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 23-02-2021).

Em audiência de conciliação, o Município de Florianópolis informou que iria contratar auditoria, e que realizou um aporte financeiro de R\$4.000.000,00 (quatro milhões de reais), relativo ao déficit do mês de setembro de 2020, como consequência da decisão liminar do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, explicando, ainda, que seriam apurados os valores adequados dos próximos meses para suportar os déficits mensais até a conclusão da revisão do contrato. Os recursos seriam destinados ao pagamento de folha de salários e benefícios dos funcionários, além de serem considerados na auditoria a ser realizada, com a dedução dos seus respectivos montantes das medidas de reequilíbrio futuramente adotadas.

As conclusões da auditoria contratada para essa finalidade foram anexadas na ação judicial, reconhecendo-se o desequilíbrio econômico-financeiro e trazendo, em seu bojo, sugestões de soluções juridicamente possíveis para balancear a equação econômica do contrato.

Até outubro de 2023, o processo permanecia suspenso para o exame do resultado da auditoria pelo órgão técnico do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Entretanto, em 18.10.2023, o Município de Florianópolis peticionou requerendo o desentranhamento das conclusões da auditoria, ao argumento de que ela abrangeria todo o período contratual (20 anos), ao passo que o recorte temporal objeto da demanda se limitaria a 90 dias (interrupção decorrente da pandemia), ou que elas fossem desconsideradas como prova, e, por fim, postulou a realização de prova pericial.

O Ministério Público se manifestou favoravelmente ao pleito do ente público, ressaltando que o pedido de equilíbrio contratual se limita ao período em que o serviço público permaneceu paralisado como efeito da pandemia, informando, inclusive, que não mais traria aos autos a manifestação de seu órgão técnico a respeito daqueles documentos.

Até a última consulta da movimentação processual, realizada em 20.02.2024, o processo estava aguardando deliberação do juízo.

O processo está pendente de julgamento e a questão controvertida será decidida pelo Poder Judiciário.

O Município de Florianópolis ainda não teve oportunidade de contestar e apresentar as suas razões de defesa.

Os apontamentos que serão feitos a partir de agora têm finalidade puramente acadêmica, típicos de um estudo de caso. A metodologia de análise dos fatos, das disposições normativas (legais e contratuais) e as conclusões poderão ser utilizadas na apreciação de casos concretos semelhantes.

3.5 O DESEQUILÍBRIO CAUSADO PELA PANDEMIA DA COVID-19 E PELAS MEDIDAS ADOTADAS PELO PODER PÚBLICO NO CONTRATO DE CONCESSÃO N. 462/SMMU/2014.

De tudo o que foi exposto, duas conclusões parciais servirão de pontos de partida para a análise do desequilíbrio causado pela pandemia e pelas medidas para combatê-la.

A primeira é a de que, nos contratos de concessão comum, o equilíbrio econômico-financeiro faz parte de sua essência. A garantia de sua manutenção confere a necessária segurança jurídica aos potenciais interessados na organização, gestão e execução do serviço público. De igual modo, a sua observância prática, concreta, no transcurso do contrato, mediante a adoção, sempre que necessária, das medidas neutralizadoras/mitigadoras de eventos de desequilíbrio é o que viabiliza a prestação de serviço adequado, seguro, contínuo, regular, eficiente, confortável, atual, geral, e com tarifas acessíveis (módicas). Há relação inescapável entre serviço adequado e equilíbrio econômico-financeiro.

A noção tradicional de equilíbrio econômico-financeiro como correspondência entre encargos e receitas, embora descreva parte do fenômeno, fica muito aquém do que ele realmente é, pois o apresenta como uma característica de somenos importância, como algo secundário, não lhe conferindo o papel central que desempenha na compreensão da concessão comum.

Se é verdade que o equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia do particular de que será respeitada a equação estabelecida entre o custo de oportunidade do capital, o investimento realizado, os fluxos de receitas e despesas e respectivas projeções de longo prazo, conforme definido no momento da contratação,

sob específico arcabouço institucional que positivou específica matriz de alocação de riscos, não é menos correto afirmar que o interesse público também exige a sua tutela. Não é possível, sob nenhuma hipótese (ao menos em regimes democráticos), manter os níveis de qualidade do serviço – ou até mesmo a continuidade de sua prestação – se no decorrer da relação contratual romper-se aquele equilíbrio inicial sem a devida e concomitante correção de rumos. A própria política definida pelo Estado – com a opção pela delegação do serviço em detrimento de sua prestação direta – é afetada se inviabilizado o projeto concessionário pelo desajuste da economia contratual. Em outras palavras, a legítima opção política tomada pelos representantes do povo, democraticamente eleitos, pela transferência à iniciativa privada de um conjunto de atividades de interesse público, economicamente viável, pode ser frustrada com a derrocada do projeto concessionário como consequência do desajuste superveniente do equilíbrio contratual não equalizado a tempo e modo oportunos.

A principal fonte de receita do concessionário – a tarifa – é composta por diversos valores, cada um correspondente a algum aspecto econômico do conjunto de encargos e direitos do concessionário. Nela estão embutidos, por exemplo, os custos do serviço, os insumos necessários a sua prestação, a amortização dos investimentos, o provisionamento para o aprimoramento do sistema, inclusive realização de obras, os tributos e encargos sociais, a remuneração e o lucro do concessionário, dentre outros. A contraprestação ao agente privado que se dispõe a assumir os riscos e a responsabilidade pela execução do serviço público é, na maior parte das vezes, a menor fatia de sua composição, muito embora seja a mais criticada perante a opinião pública.

O que se quer enfatizar é que, por mais que se pretenda reduzir as tarifas, com o fim de mantê-las acessíveis, há uma limitação fática/matemática intransponível. Ou o projeto será autossustentável – e suas condições serão atrativas o suficiente para captar particulares interessados, em contraposição aos custos de oportunidade e os riscos do empreendimento –, ou demandará, em maior ou menor escala, a injeção de recursos orçamentários para subsidiá-lo, tornando questionável a eficiência mesma da opção pela delegação.

Não há alternativa a isso.

Por isso, é preciso superar a noção de que apenas a onerosidade excessiva, a lesão enorme, o desequilíbrio absurdo, a situação pré-falimentar do concessionário,

ou outros cenários extremados, aliados à extrema vantagem do concedente, é que dão ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro. Essa compreensão, fruto da aplicação integral da lógica dos contratos administrativos de mero desembolso, regidos pela Lei n. 8.666/1993⁸ (art. 65, II, “d”), aos contratos especiais (como os de concessão, regulados por leis próprias), sem a devida crítica, e de inadvertida importação de teorias civilistas para o Direito Administrativo, sem a filtragem necessária, não consegue captar a inteireza da complexidade do fenômeno e nem as nuances desse tipo específico de negócio jurídico.

É da essência do contrato de concessão comum a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Sempre que não forem atendidas as condições do contrato, estar-se-á diante de possível desequilíbrio econômico-financeiro (interpretação a *contrario sensu* do art. 10 da Lei n. 8.987/1995). A configuração do desequilíbrio prescinde daqueles pressupostos.

Essa noção, contudo, ainda não é muito evidente na jurisprudência, ainda muito arraigada a noções puramente civilistas ou à tradicional teoria das áleas.

Em caso análogo no Município de Joinville, nesse mesmo Estado de Santa Catarina, a concessionária de transporte coletivo local ingressou com demanda contra o concedente postulando o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, em virtude das restrições impostas à prestação dos serviços como medida de enfrentamento da COVID-19. Embora tenha acolhido o pedido inicial, tanto o juízo singular quanto o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (que manteve a sentença na quase totalidade), na fundamentação, não se ativeram às disposições contratuais sobre o equilíbrio econômico-financeiro, sobre a sua constituição, mensuração, e forma de recomposição. Sequer as mencionaram.

Em primeiro grau, a questão foi resolvida com a invocação do art. 9º, § 5º, da Lei n. 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, cuja hipótese de incidência parece não se amoldar à situação fática. O dispositivo está inserido num capítulo da lei que trata de diretrizes para a regulação

⁸ A Nova Lei de Licitações (art. 124, II, “d”, da Lei n. 14.133/2021) alterou em parte a redação do antigo art. 65, II, “d” da Lei n. 8.666/1993, incluindo a necessidade de observância da “repartição objetiva de risco estabelecida no contrato”, o que vem ao encontro do defendido nessa dissertação.

dos serviços de transporte público coletivo, e o *caput* do art. 9º relega ao respectivo edital estabelecer o regime econômico e financeiro da concessão, podendo o poder público adotar o subsídio tarifário (§ 5º).

Em segundo grau de jurisdição, apesar de mantida a sentença em grande medida, os fundamentos foram diversos, mas igualmente dissociados das disposições contratuais e da noção que se defende ser a correta de equilíbrio econômico-financeiro. A questão foi levada para o campo constitucional, como se houvesse um “entrechoque de direitos fundamentais entre o transporte e a saúde”. A resolução proposta: “ponderação de princípios”. Invoca-se no julgado a “teoria da imprevisão (álea econômica extraordinária e extracontratual) calcada na situação de emergência advinda da crise causada pela pandemia”, o que autorizaria o reequilíbrio econômico financeiro (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 5029142-06.2020.8.24.0038, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Carlos Adilson Silva, Segunda Câmara de Direito Público, j. 25-10-2022).

Em resumo: não houve menção às previsões contratuais que tratam do equilíbrio econômico-financeiro e da matriz de riscos (nem mesmo à eventual ausência delas).

Noutro caso análogo, dessa feita do Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça local manteve a decisão de indeferimento do pedido de tutela de urgência em que uma concessionária de transporte público coletivo pleiteava liminar para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro abalado pelas medidas adotadas no combate à COVID-19, inclusive com pagamento de subsídios pelo Município de Franca. No acórdão, ao tratar do equilíbrio econômico-financeiro, invoca-se o art. 65, II, “d”, da Lei n. 8.666/1993, que, como visto, não se aplica aos contratos de concessão comum, mas aos administrativos de mero desembolso (TJSP, Agravo de Instrumento 2245175-67.2021.8.26.0000; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Franca - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/06/2022; Data de Registro: 30/06/2022).

A segunda conclusão parcial é a de que boa parte dos riscos que abalam a economia do contrato de concessão já foram devidamente identificados. Em muitos casos, os contratantes já sopesaram as probabilidades de ocorrência dos riscos, com base em experiências pretéritas, assim como dimensionaram os seus impactos financeiros e delinearão as possíveis soluções de reequilíbrio, de forma consensual,

por ocasião da formação do ajuste. A matriz de alocação de riscos, que atribui às partes respectivas cada um deles, já contém a solução negocial antecipada a respeito da responsabilidade subjetiva pela neutralização/mitigação dos impactos oriundos da concretização dos riscos, inclusive com a indicação de quais medidas devam ser tomadas. Donde concluir ser desnecessária, nessas hipóteses, a invocação da teoria das áleas, da onerosidade excessiva, da quebra da base objetiva do contrato, da imprevisão, ou outras do gênero.

A solução pode estar de antemão definida contratualmente.

Partindo dessas premissas, e voltando ao caso em exame, a proposta vencedora da licitação – e que integra o Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014 – foi elaborada a partir das projeções constantes no projeto básico, confeccionado pelo concedente.

A demanda equivalente apontada no Anexo II do Edital de Concorrência Pública n. 607/SMA/DLC/2013 foi de 4.572.562 (quatro milhões, quinhentos e setenta e dois mil e quinhentos e sessenta e dois) passageiros por mês, com uma expectativa de crescimento de 0,75% ao ano. Em linhas gerais, foi com base nessa estimativa que a concessionária formulou sua proposta e projetou suas receitas, lançando-as no fluxo de caixa que compõe o estudo de viabilidade econômico-financeira apresentado na licitação. A proposta foi considerada viável.

Esses são dados que subsidiaram o equilíbrio-econômico financeiro inicial do contrato.

A projeção era transportar 57.161.427 (cinquenta e sete milhões e cento e sessenta e um mil e quatrocentos e vinte e sete) de passageiros equivalentes em 2020 (ano 7), e, no ano seguinte (2021 – ano 8), outros 58.194.638 (cinquenta e oito milhões e cento e noventa e quatro mil e seiscentos e trinta e oito) de usuários. Consequentemente, a receita esperada oriunda da arrecadação das respectivas tarifas era de R\$151.108.250,97 (cento e cinquenta e um milhões, cento e oito mil e duzentos e cinquenta reais e noventa e sete centavos), em 2020, e de R\$152.299.580,42 (cento e cinquenta e dois milhões, duzentos e noventa e nove mil e quinhentos e oitenta reais e quarenta e dois centavos), em 2021. Tudo em valores descontados (VPL), com data base em 01.01.2014.

A alocação dos riscos no contrato é bastante clara.

A Cláusula XII, item 2, e a Cláusula XIX, item 3, “g”, não deixam dúvidas de que o concedente tomou para si aqueles decorrentes de eventos extraordinários (quaisquer deles), assumindo o compromisso de recompor o equilíbrio econômico-financeiro na forma do contrato, inclusive mediante revisão tarifária.

Cláusula XII

Do Risco Geral de Redução da Quantidade de Passageiros

(...)

2. Não se constitui risco a ser assumido pela **CONCESSIONÁRIA** o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato causado por conduta omissiva ou comissiva do **CONCEDENTE**, por fato do príncipe, por caso fortuito ou força maior ou por qualquer evento em razão do qual a Lei ou o presente contrato assegure a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

(...)

Cláusula XIX

Da Revisão da TARIFA

1. A **TARIFA BASE** e as tarifas diferenciadas dela decorrentes serão revisadas para restabelecer a equação originária entre os encargos da **CONCESSIONÁRIA** e as receitas da concessão, formada pelas regras do presente contrato e do Edital de Licitação, bem como pelas **PROPOSTAS TÉCNICA** e **FINANCEIRA** vencedoras da licitação, sempre que ocorrerem quaisquer situações que afetem o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

2. Qualquer alteração nos encargos da **CONCESSIONÁRIA**, sem o proporcional ajuste de sua remuneração, importará na obrigação do **CONCEDENTE** de recompor o equilíbrio econômico-financeiro deste **CONTRATO**.

3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á, dentre outros, nos seguintes casos, que poderão ocorrer simultaneamente ou não:

(....)

g) sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração ou de interferências imprevistas resultem, comprovadamente, em acréscimo ou redução dos custos da **CONCESSIONÁRIA**;

A pandemia da COVID-19, e, sobretudo, os atos adotados pelo Poder Público, em especial pelo Município de Florianópolis, a partir de março de 2020 até meados de 2021, tiveram reflexos imediatos no fluxo de passageiros transportados, e, conseqüentemente, nas receitas.

Para além dos efeitos deletérios da doença – que, por si só, implicou na redução da demanda, a exemplo do que ocorreu em todo território nacional⁹ – o Estado de Santa Catarina e o Município de Florianópolis determinaram a suspensão total do serviço de transporte coletivo, de forma ininterrupta, pelo menos entre 17.03.2020 e 20.07.2020, ou seja, por mais de quatro meses. A partir de julho de 2020, até o fim de 2021, o Poder Público autorizou a retomada gradual, porém, com limitações de toda ordem (de capacidade de ocupação; de frota; de itinerários, horários e dias), além de impor rigoroso protocolo sanitário, cujos custos, não previstos originalmente na avença, foram internalizados pela concessionária sem medidas compensatórias. Desde então, as restrições variaram de acordo com o nível de risco da matriz de risco epidemiológico-sanitário da Secretaria Estadual de Saúde de Santa Catarina, tendo havido, posteriormente àquela data, interrupções totais por prazos mais breves.

O reflexo na quantidade de usuários do sistema foi evidente, não só em razão dos períodos de suspensão total, mas também como fruto das restrições forçadas após a retomada.

Na auditoria contratada pelo Município de Florianópolis por meio do Pregão Eletrônico n. 634/SMA/DSL/C/2020, que visava avaliar a ocorrência de eventual desequilíbrio econômico e financeiro do serviço de transporte público coletivo prestado pelo Consórcio Fênix e respectivas consorciadas, cujas conclusões integra Relatório Técnico juntado na ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023, apurou-se a evolução da demanda equivalente efetivamente registrada ano a ano, com base nas informações disponibilizadas pela Secretaria Municipal de Mobilidade e Planejamento Urbano – SMPU. Os dados foram coletados apenas até o mês de junho de 2021, inclusive, já que a auditoria foi realizada a partir de julho daquele mesmo ano.

As informações foram compiladas em tabela que integra documento que contém as conclusões da auditoria (Relatório Técnico), a seguir reproduzida:

⁹ Para dados mais detalhados, consultar: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS. Anuário NTU: 2021-2022 / Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos. - Brasília: NTU, 2022., pág. 50-58 (Os impactos da pandemia de covid-19 no transporte público coletivo por ônibus).

Tabela 3 – Evolução da Demanda Equivalente Registrada

Meses	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Total Geral
jan.	-	4.204.331	4.178.691	4.207.348	4.036.553	4.002.042	4.173.619	1.703.626	26.506.209
fev.	-	4.204.385	4.396.987	4.126.941	3.898.249	4.007.173	4.079.260	1.766.939	26.479.934
mar.	-	4.825.071	4.585.202	4.668.910	4.428.032	4.163.393	2.526.671	1.697.562	26.894.840
abr.	-	4.354.125	4.405.198	3.795.874	4.164.023	4.110.063	14.307	1.709.388	22.552.977
mai.	-	4.238.279	4.203.553	4.351.276	3.911.427	4.111.444	17.337	2.048.140	22.881.457
jun.	-	4.404.324	4.164.567	4.030.256	3.956.795	3.519.978	306.104	2.194.146	22.576.170
jul.	-	4.428.533	4.075.053	3.889.813	3.786.686	3.851.116	499.081	sem andamento	20.530.282
ago.	-	4.542.740	4.531.652	4.463.605	4.332.610	4.136.466	601.749	-	22.608.822
set.	-	4.415.744	4.311.565	4.037.017	3.874.972	3.894.036	1.028.458	-	21.562.791
out.	-	4.513.668	4.283.097	4.218.101	4.280.705	4.230.456	1.338.215	-	22.864.241
nov.	4.617.667	4.502.896	4.285.856	4.157.585	4.072.163	4.008.526	1.532.380	-	27.177.072
dez.	4.466.116	4.445.919	4.333.826	4.099.726	3.907.961	3.883.153	1.710.136	-	26.846.836
total:	9.083.782	53.080.015	51.756.246	50.046.453	48.650.176	47.917.844	17.827.315	11.119.801	289.481.632

Fonte: Relatório Técnico Final da auditoria contratada pelo Município de Florianópolis por meio do Pregão Eletrônico n. 634/SMA/DSLC/2020 (extraída da ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023)

Por esse levantamento oficial realizado por empresa contratada pelo Município de Florianópolis constatou-se queda vertiginosa do número de passageiros transportados entre março de 2020 e junho de 2021.

Nos meses de março dos anos anteriores (2015 a 2019), transportou-se, em média, 4.534.121 (quatro milhões, quinhentos e trinta e quatro mil e cento e vinte e um) de passageiros, ao passo que, após a pandemia e as restrições, o número foi reduzido para 1.032.738 (um milhão e trinta e dois mil e setecentos e trinta e oito) de usuários. Decréscimo semelhante se deu nos meses subsequentes (abril, maio e junho).

O impacto negativo nas receitas mensais, e, logicamente, no resultado anual, foi igualmente expressivo, passando a concessionária a operar em déficit.

Ainda de acordo com a auditoria, a receita tarifária do ano de 2020 foi de apenas R\$58.440.947,00 (cinquenta e oito milhões, quatrocentos e quarenta mil e novecentos e quarenta e sete reais), e a parcial de 2021 (até junho), da ordem de R\$59.470.579,00 (cinquenta e nove milhões, quatrocentos e setenta mil e quinhentos e setenta e nove reais). Tudo em valores descontados (VPL), com data base 01.01.2014. Em contraposição, a média da receita tarifária anual dos cinco anos anteriores foi de R\$143.574.581,80 (cento e quarenta e três milhões, quinhentos e setenta e quatro mil e quinhentos e oitenta e um reais e oitenta centavos).

As receitas tarifárias realizadas no ano de 2020 e, parcialmente, em 2021, ficaram muito aquém dos previstos nas projeções de receita que integram o estudo de viabilidade que acompanhou a proposta vencedora.

A consequência imediata foi que, a partir de então, a concessionária passou a operar em déficit, ou seja, as receitas passaram a ser consideravelmente inferiores às despesas, tornando a continuidade da prestação dos serviços, nesses moldes, economicamente inviável e colocando em xeque a possibilidade de prosseguimento do projeto concessionário.

Como agravante, não houve a implementação concomitante de efetivas medidas compensatórias, a despeito do incremento dos subsídios direitos do concedente entre final de 2020 e início de 2021. Porém, a medida paliativa, como aponta a auditoria, foi insuficiente para reequilibrar o contrato.

Outro fator de incerteza que contribuiu para o acirramento dos ânimos das partes – a ponto de desaguar em pretensão deduzida perante o Poder Judiciário – foi a ausência de perspectiva da normalização da prestação dos serviços e da adoção, pelo Município de Florianópolis, das necessárias medidas de reequilíbrio.

Não bastasse, para além dos impactos negativos citados (queda do número de usuários, redução expressiva de receita, operação em déficit, dentre outros), ao concessionário ainda foram atribuídos novos encargos, principalmente aqueles instituídos pelo Decreto n. 21.620/2020, do Município de Florianópolis, igualmente sem as concomitantes medidas compensatórias. O protocolo sanitário adotado pelo ente público demandou investimentos consideráveis não previstos inicialmente, onerando ainda mais o caixa da concessionária.

Nesse contexto, parece claro que:

- a) o Município de Florianópolis, enquanto concedente, assumiu contratualmente os riscos de eventos extraordinários, nada importando se qualificados como caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou da administração, ou outra denominação;
- b) a pandemia da COVID-19 qualifica-se como evento de força maior;
- c) os atos expedidos pelo Poder Público para o enfrentamento da crise sanitária e que implicaram na interrupção/suspensão/restricção do serviço público de transporte coletivo podem ser classificados como fato do príncipe;
- d) tanto a pandemia da COVID-19, em si, quanto, principalmente, as medidas adotadas pelos entes públicos para o seu combate, impactaram diretamente no contrato de concessão, acarretando em queda vertiginosa de receitas, constituindo cenário fático em que a continuidade da prestação do serviço público tornou-se economicamente inviável;
- e) para além das proibições, houve incremento das obrigações da concessionária;
- f) a despeito de previsão contratual expressa, não foram adotadas medidas compensatórias eficazes concomitantemente às restrições e ao acréscimo de encargos, ou seja, que fossem capazes de neutralizá-los;
- g) o incremento de subsídio, adotado tempos depois do início das restrições, foi insuficiente para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

As condições originais do contrato, nesse contexto, estão longe de serem atendidas. O resultado é o absoluto desequilíbrio da economia contratual, tornando

inviável a continuidade do serviço público nesses moldes. As disposições contratuais conferem ao concessionário direito ao reequilíbrio econômico-financeiro.

Questão relevante, e que será tratada no próximo tópico, é como viabilizar a recomposição do equilíbrio contratual (e se ela é possível), haja vista de magnitude das consequências dos eventos para a economia do contrato.

3.6 AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES DE REEQUILÍBRIO PARA O CONTRATO DE CONCESSÃO N. 462/SMMU/2014

Quando se cuida da especulação de possíveis soluções de reequilíbrio econômico-financeiro, o primeiro ponto importante é definir a grandeza do desajuste que se está a tratar.

Não há dúvidas de que o Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014 foi desequilibrado pelos eventos extraordinários em estudo. Os fatos elencados e as disposições normativas (legais e contratuais) demonstram isso com clareza. É legítima, todavia, a discussão sobre qual a metodologia mais adequada para a apuração do tamanho desse desequilíbrio, acerca de quais parâmetros devem ser usados para dimensioná-lo, e se é viável, conveniente e/ou oportuno ajustar os seus rumos, com vistas à continuidade do projeto concessionário.

No segundo capítulo, na subseção 2.3.3, destacou-se as vantagens apontadas por parte da doutrina de utilizar a Taxa Interna de Retorno – TIR inicial como parâmetro para aferição do desequilíbrio e para promoção do rearranjo necessário à recomposição do equilíbrio contratual. Há, porém, outras metodologias, com virtudes e deméritos. Essa discussão, no entanto, é mais afeta ao campo das ciências econômicas.

O fato é que o contrato estabeleceu ser o Valor Presente Líquido – VPL resultante do fluxo de caixa da proposta financeira da concessionária o parâmetro verificador do equilíbrio econômico-financeiro (Cláusula XIX, item 4).

Extrai-se da proposta um Valor Presente Líquido – VPL negativo na ordem de R\$5.678.086,38, a uma taxa de desconto de 9% ao ano, e uma Taxa Interna de Retorno – TIR de 8,32%, tendo por data base 01.01.2014.

Fundamentada nesses dados iniciais do contrato (VPL, taxa de desconto do VPL e TIR), no valor da tarifa então vigente (em novembro de 2021), e num cenário

de retomada da demanda para o ano de 2022 de 80% daquela inicialmente projetada, a auditoria contratada pelo Município de Florianópolis já mencionada nesse estudo, cujo Relatório Final foi anexado na ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023, dimensionou os impactos dos eventos extraordinários em R\$437.409.213,23 (quatrocentos e trinta e sete milhões, quatrocentos e nove mil e duzentos e treze reais e vinte e três centavos), em valores descontados, na data base de 01.01.2014. Atualizados até novembro de 2021 (data de quando o relatório foi elaborado) pela fórmula paramétrica estipulada no contrato, chegou-se ao expressivo montante de R\$783.051.552,79 (setecentos e oitenta e três milhões, cinquenta e um mil e quinhentos e cinquenta e dois reais e setenta e nove centavos).

A auditoria também apurou que, nos anos de 2020 e 2021, foram repassados pelo concedente ao concessionário a quantia de R\$156.135.078,20 (cento e cinquenta e seis milhões, cento e trinta e cinco mil e setenta e oito reais e vinte centavos), em valores descontados (VPL), com data base 01.01.2014. Atualizados até novembro de 2021, as receitas com Subsídio Incremental do Período Pandêmico foram de R\$266.957.556,10 (duzentos e sessenta e seis milhões, novecentos e cinquenta e sete mil e quinhentos e cinquenta e seis reais e dez centavos). A quantia também deve ser considerada no dimensionamento adequado do desequilíbrio causado pelos eventos extraordinários.

As conclusões do Relatório Final da auditoria em questão são passíveis de críticas e questionamentos, inclusive judiciais, até porque demandam conhecimento técnico específico (em finanças e contabilidade).

Mas ela joga luz sobre o problema ao trazer os contornos iniciais da dimensão do desequilíbrio.

A partir daí é possível ao administrador cogitar da possibilidade fática de reequilibrar o contrato.

A etapa seguinte é decidir, por meio de um juízo político, de conveniência e oportunidade, se é do interesse público a continuidade do projeto concessionário, nos moldes e condições do contrato e de seu equilíbrio econômico-financeiro inicial, ou se

a encampação¹⁰, com a retomada para si da execução do serviço público, é a mais adequada a ser tomada, inclusive sob o aspecto econômico, já que essa modalidade de extinção demanda indenização prévia ao concessionário.

Sobre os chamados “contratos irreequilibráveis”, ensina André Martins Bogassian não se confundirem com aqueles que se inviabilizam por outros motivos, como a própria concretização de riscos atribuídos ao particular. Naqueles contratos, ainda que o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em si seja reconhecido, ele “não tem como ser efetivado”, tanto por razões econômicas (as formas usuais se mostram insuficientes para um reequilíbrio completo e suficiente), como por razões institucionais ou políticas (BOGASSIAN, 2020, pág. 113-116).

Muitas vezes, a concretização do reequilíbrio econômico-financeiro não é viável sob a perspectiva fiscal, o que se dá, por exemplo, quando a medida a ser adotada é o pagamento direito de determinada importância pelo concedente ao concessionário. A impossibilidade pode ser, também, política, por redundar num “custo reputacional relevante para os agentes públicos”. Afinal, o aumento expressivo das tarifas ou a redução dos níveis de qualidade de serviço são medidas altamente impopulares. Há, ainda, a impossibilidade sob o viés institucional, porque muitos gestores têm receio de serem penalizados pelos órgãos de controle externo quando buscam imprimir soluções divergentes da interpretação adotada por esses órgãos. As soluções menos ortodoxas, nesse contexto, são desencorajadas, como, por exemplo, “a sugestão de Marçal Justen Filho, no sentido de “outorgar ao concessionário o direito de exploração de novos empreendimentos a partir dos quais seria possível extrair resultados orientados à recomposição econômico-financeira” (BOGASSIAN, 2020, pág. 113-116).

O autor denomina esse fenômeno de “apagão decisório”, ou do “apagão das canetas”, o que torna ainda mais difícil encontrar saídas que não encontrem correspondência na literalidade dos contratos (BOGASSIAN, 2020, pág. 113-116).

Tomada a decisão de prosseguir com o projeto concessionário, o ordenamento jurídico e o contrato dispõem alternativas para a recomposição do

¹⁰ Com o advento da Lei n. 13.448/17, foram permitidas — somente a concessões federais nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário — a extinção amigável e a devolução da concessão à relicitação.

equilíbrio econômico-financeiro: revisão tarifária; redução de encargos contratuais; redução dos parâmetros de adequação dos serviços; redução/postergação de investimentos pelo concessionário; alteração do prazo da concessão; incremento de outras fontes de receitas, inclusive subsídios; concessão de incentivos fiscais; autorização para compensação tributária.

A grande dificuldade está em que todas essas medidas têm sua eficácia limitada ou custos políticos ou econômicos elevados. Mesmo a revisão tarifária, instrumento por excelência da recomposição da equação econômica do contrato, por vezes não é suficiente.

Explica André Martins Bogassian que, muitas vezes, o incremento tarifário não se mostra viável dado os efeitos reflexos na demanda. A revisão pode gerar protestos, revoltas (como as verificadas no Brasil em 2013, iniciadas, aparentemente, pelo aumento em centavos das tarifas de ônibus). Além disso, como a demanda por transporte é bastante elástica, “os usuários procuram serviço alternativo mais barato” como forma de substituição daquele outro que se tornou inviável pela barreira do preço. Se ultrapassado certo limite, a consequência pode ser a redução do consumo da utilidade pelos usuários. O efeito prático da elevação das tarifas, portanto, pode ser um forte e inevitável desincentivo à fruição do serviço público, o que equivalerá à sua supressão.

Para além desse efeito econômico, há ainda a intervenção de órgãos de controle, como o Ministério Público ou Tribunais de Contas, que, em muitos casos, por focar excessivamente em apenas um aspecto de um serviço altamente complexo (geralmente a modicidade das tarifas, de inegável apelo popular), inviabiliza o acréscimo tarifário. Seja por quais dessas razões for, o concessionário será imediatamente prejudicado se não alcançar o efetivo reequilíbrio do contrato, o que, inclusive, pode acarretar no insucesso da concessão (BOGASSIAN, 2020, pág. 117).

O mesmo pode ser dito em relação a, por exemplo, a extensão do prazo do contrato, que pode até ser suficiente para reequilibrá-lo economicamente, mas que não é capaz de resolver os problemas imediatos de liquidez causado pela operação por meses sucessivos em déficit financeiro.

No Relatório Final da auditoria contratada pelo Município de Florianópolis por meio do Pregão Eletrônico n. 634/SMA/DSL/2020 foram projetados os percentuais de reajuste tarifário capazes de reequilibrar o contrato, em novembro de 2021, para

serem aplicados no ano seguinte (2022), a partir de cenários mais ou menos otimistas de retomada da demanda (80% e 70% da projetada no edital de licitação). Seria necessário, nesse contexto, um reajuste tarifário de 39% e 41%, respectivamente.

O Relatório Final da auditoria, todavia, sugere a combinação de três medidas: revisão tarifária, prorrogação do contrato e indenização da concessionária.

Todas as possibilidades sugeridas encontram previsão contratual específica.

A revisão tarifária está estipulada na Cláusula XIX, item 3, “g”.

Na mesma cláusula, no item 5, “a”, há possibilidade de atribuição de compensação financeira direta à concessionária, o que é também uma providência admitida pela Lei n. 12.587/2012 (art. 9º, § 5º), muito embora não seja recomendável, nessa espécie de concessão a contrapartida do concedente. Mas, excepcionalmente, havendo previsão contratual e autorização legal, é possível cogitar dessa medida.

A prorrogação do prazo, por outro lado, não encontra previsão no instrumento. No edital, contudo, há vedação.

A proibição ao alongamento do tempo de vigência do contrato deve ser interpretada em condições de normalidade.

Como pondera Marçal Justen Filho, em regra, não é possível a prorrogação, porque o concessionário já foi satisfeito durante a execução do contrato. Todavia, tendo havido a modificação substancial das condições originais da avença, inviabilizando-se a obtenção do resultado assegurado ao concessionário, admite-se a extensão do prazo como medida alternativa a sua indenização no adimplemento do termo original pelas perdas e danos incorridos. Havendo concordância do concessionário, é admissível a prorrogação do prazo, que funcionará, assim, como uma “espécie de contrapartida pela redução de vantagens originalmente asseguradas ao particular” (JUSTEN FILHO, 2003, pág. 681).

Em complemento, Odonato Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães mencionam julgados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União admitindo a prorrogação como forma de reequilíbrio econômico-financeiro. No julgamento do RMS 1.835/DF, o Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de não ser ilegal o ato do Prefeito que acertou com o concessionário da exploração de um parque de diversões a prorrogação por mais três anos, a troco da vantagem de mudança do local, sem despesas para a Prefeitura. No voto do Relator, Ministro Mário Guimarães, foi acolhida a justificativa dada pela administração

municipal no sentido de que o concessionário, que explorava um parque de diversões num determinado local, teve de mudar para outro, em razão da instalação, pelo Município, de um zoológico onde era o parque. No entanto, como no novo espaço eram necessários investimentos para adequá-lo, que foram integralmente suportados pelo concessionário, reputou-se possível a prorrogação por mais três anos da concessão, como contraprestação pelo incremento dos investimentos realizados pelo particular (SANGUINÉ e GUIMARÃES, 2021, pág. 188).

No julgamento do Tribunal de Contas da União (TC 021.919/2015-1), que respondia a consulta feita pelo Ministro-Chefe da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República, cujo objeto era a dúvida sobre a possibilidade de prorrogação do contrato como medida de reequilíbrio, a Corte de Contas assentou o posicionamento de que a “recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário [que muito se assemelham aos contratos de subconcessão de serviço público] poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual” (SANGUINÉ e GUIMARÃES, 2021, pág. 188).

É possível, também, a alteração/redução da política de investimentos e a flexibilização dos parâmetros de adequação do serviço (por exemplo, idade média da frota), o que implicaria na redução de custos/investimentos. Mas essa alternativa, de impacto econômico-financeiro limitado, traria grande consequência negativa para os usuários ao minorar a qualidade da prestação do serviço.

As outras medidas (compensação tributária e isenções fiscais), por dependerem da participação de outros órgãos, é de duvidosa eficácia, além de terem um impacto limitado sob o aspecto financeiro, porque não soluciona o problema mais urgente: a continuidade da operação em déficit.

De todo modo, havendo interesse público na manutenção do projeto concessionário, com o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, a solução deve ser primordialmente consensual.

Nessas condições excepcionalíssimas, as partes têm o dever contratual de negociar uma saída satisfatória para a continuidade da prestação do serviço público, conforme estabelece a Cláusula XXXVIII do instrumento contratual.

O Poder Judiciário pode ter, nesse contexto, papel primordial como incentivador da solução negociada, que, além de encontrar previsão contratual,

mostra-se a mais adequada em face da complexidade do negócio jurídico e a dimensão político-social dos interesses envolvidos.

3.7 ATÉ ONDE PODE IR O PODER JUDICIÁRIO?

Se é certo que controvérsias dessa natureza não escapam ao Poder Judiciário, a questão que se coloca é: qual o limite de sua atuação? É possível que decisão judicial, em substituição ao administrador, imponha a manutenção do projeto concessionário? A quem cabe escolher quais medidas devem ser tomadas para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro? E se o concedente se mantiver inerte? Existe a possibilidade de compeli-lo judicialmente a implementá-las?

O questionamento suscita debate que se espraia para outros ramos do Direito e até mesmo para o campo da Filosofia, o que poderia ser objeto de estudo próprio.

Sem pretensão de adentrar nessa problemática relevante nos tempos atuais, a resposta possível, a partir das disposições normativas e contratuais analisadas nesse estudo de caso, é a de que o Poder Judiciário deve se limitar a determinar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nos moldes do contrato: (i) desde que possível; (ii) se a providência couber ao Ente Público; (iii) e se houver interesse das partes na manutenção do projeto concessionário. Caso contrário, caberá ao Poder Judiciário desconstituir a relação jurídica, decretando a extinção da concessão.

Isso, evidentemente, se impossível a solução consensual, que deve ser a todo tempo busca e incentivada pelo Poder Judiciário.

Como não poderia deixar de ser, os termos do contrato de concessão comum são vinculantes, e a parte prejudicada pelo inadimplemento de quaisquer deles poderá compeli judicialmente a outra a cumprir a obrigação. É típica função do Poder Judiciário resolver esse tipo de demanda. Não há novidade nenhuma nessa atuação.

Não há óbice, pois, que numa ação judicial proposta pelo concessionário o Poder Judiciário profira decisão favorável à parte autora, determinando ao ente público a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos moldes ajustados, caso fique provado o desequilíbrio da economia contratual decorrente da concretização de risco alocado ao concedente, e a ausência de medidas adequadas para neutralizá-lo em tempo e modo oportunos.

Decisão dessa natureza nada mais é do que consequência da obrigatoriedade das leis e dos contratos.

A questão relevante que se coloca diz respeito ao núcleo do comando judicial: como visto, a lei e o contrato preveem formas diversas de recomposição da equação financeira. Cada uma com suas vantagens e vicissitudes.

A escolha do modo como a obrigação será cumprida, ou seja, quais serão as medidas de reequilíbrio a serem aplicadas, deveria ser preferencialmente negociada. Inclusive, a exemplo do contrato em exame, é basicamente essa a razão de ser da Cláusula XXXVIII do Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014.

Mas, não havendo acordo, caberá sempre ao concedente, porque a ele cabe, inclusive, a possibilidade de encampação. Essa atividade é eminentemente administrativa e compete, com exclusividade, ao Poder Executivo exercê-la. Em outras palavras, não é da atribuição do Poder Judiciário determinar a revisão tarifária, a prorrogação do contrato, a diminuição/modificação da política de investimentos ou outra providência prevista em lei ou no contrato, sob pena de violação à separação dos poderes (art. 2º, CR/88).

Ao Poder Judiciário compete apenas ordenar o cumprimento da obrigação (ou seja, impor à parte o atingimento do estado de coisas que se busca tutelar, qual seja, o reequilíbrio inicial do contrato), definir o prazo para que ela seja cumprida, além de indicar as sanções para eventual descumprimento.

E a sanção por excelência na hipótese de inércia do Poder Público é, na forma do art. 39 da Lei n. 8.987/1995, a extinção do contrato de concessão, acrescida das consequências legais e contratuais (indenizações, perdas e danos, bens reversíveis, dentre outras).

Por fim, a exigência do trânsito em julgado da sentença judicial prevista no art. 39, parágrafo único, da Lei n. 8.987/1995 é um fator complicador, porque concede ao Poder Público um incentivo para se manter inerte.

Sem dúvida, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, essencial ao contrato de concessão comum de serviço público, garantia de segurança jurídica ao particular e indispensável ao interesse público para a obtenção de um serviço

adequado, tem custos ao concedente¹¹. Se não propriamente financeiros, tem custos políticos e institucionais.

Ressaltam Maurício Portugal Ribeiro e Denise Nefussi Mandel que a lei, os contratos e regulamentos preveem prazos para que sejam tomadas as decisões administrativas dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pelos concessionários. No entanto, no mais das vezes, não são observados e sem nenhuma sanção, o que tem sido particularmente comum em períodos de crise (RIBEIRO e MANDEL, 2015, págs 3-4).

Ao que parece, pontuam os autores, os governos (e as agências reguladoras) estão a adiar a decisão sobre esses pleitos com a finalidade de evitar o desgaste político e as consequências econômico-financeiras para o concedente que a recomposição do equilíbrio causaria (RIBEIRO e MANDEL, 2015, págs 3-4).

Reconhecido pela administração o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do concessionário, constitui-se dívida contratual em seu benefício, que pode ser adimplida de várias maneiras. Geralmente, os contratos de concessão e de parceria público-privada são maleáveis em relação à forma de pagamento dessa dívida, que pode se dar, por exemplo, mediante aumento do prazo do contrato, aumento da tarifa, pagamento público direito ao concessionário, dentre outras (RIBEIRO e MANDEL, 2015, págs 3-4).

Todavia, a demasiada demora na resolução dos pleitos de reequilíbrio, “do ponto de vista econômico-financeiro representa na prática a realização de financiamento do Poder Concedente junto ao concessionário”. Como a contraprestação do concessionário pelos seus investimentos é a sua Taxa Interna de Retorno – TIR, que funciona de modo semelhante à taxa de juros de um empréstimo, se o concedente atrasar na adoção de medidas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, na prática, estará se financiando junto ao particular, usando, para tanto, e de modo absolutamente desnecessário, uma taxa de juros extremamente alta. Exemplificam mencionando que, em São Paulo, a TIR geralmente gira em torno

¹¹ Sobre o tema, os autores defendem que o atraso doloso na adoção de medidas para reequilibrar contratos de concessão pode configurar ato de improbidade administrativa: RIBEIRO, Maurício Portugal, MANDEL, Denise Nefussi. O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa? Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/227206/o-atraso-em-reequilibrar-contratos-de-concessao-e-ppp-pode-ser-enquadrado-como-improbidade-administrativa>, acesso em 08.01.2024, às 15h56min.

de 8-9% ao ano, e, em termos reais, contabilizada a inflação, fica na margem de 17-18% em termos nominais, ao passo que o custo de captação de entes público junto a bancos públicos é bastante inferior (de 6-8% ao ano, em termos nominais, com o BNDES ou a Caixa Econômica Federal ou órgão multilaterais). É assim porque a Taxa Interna de Retorno – TIR de um projeto concessionário ou de uma PPP reflete os riscos do particular na sua execução (algo inexistente num simples financiamento). A diferença é significativa, podendo ser maior do que nove pontos percentuais, “o que significa, portanto, uma enorme perda para o Poder Concedente (ou para os usuários), que terá que pagar uma dívida contratual muito mais alta em decorrência do atraso na realização do reequilíbrio do contrato” (RIBEIRO e MANDEL, 2015, págs 3-4).

Assim, sob a perspectiva financeira, seria muito mais eficiente ao concedente se endividar junto ao setor bancário e pagar o concessionário (ou majorar tarifas), do que adiar o reequilíbrio econômico-financeiro.

O relapso em promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, muitas vezes proposital para evitar desgastes políticos, “consubstancia má-gestão dos recursos públicos e pode até ser caracterizada como improbidade administrativa” (RIBEIRO e MANDEL, 2015, págs 3-4).

O interesse secundário da pessoa jurídica de Direito Público, portanto, é refratário à reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Por outro lado, a restrição à exceção do contrato não cumprido, típica dos contratos administrativos, a exigência de decisão judicial definitiva para a extinção do negócio jurídico – e, conseqüentemente, para a interrupção da prestação dos serviços –, cláusulas exorbitantes que têm por escopo a tutela do interesse público (primário), coloca o Poder Público numa posição privilegiadíssima em relação ao particular. Mas, nem sempre os gestores atuam na consecução do interesse público primário, senão visando outras finalidades.

E isso pode gerar situação de extrema injustiça.

Pela literalidade da lei de concessões, o concessionário teria de continuar a prestação de serviços mesmo operando em déficit e com o equilíbrio econômico inicial completamente deformado por eventos extraordinários cujos riscos foram alocados ao ente público, enquanto o concedente reluta de todas as formas a cumprir o conteúdo da avença (evitando despesas, ou desgaste político, ou outras conseqüências negativas).

A continuidade da prestação dos serviços nesses termos até a decisão definitiva do Poder Judiciário certamente poderia levar o particular a falência ou causar-lhes imensos prejuízos. Por isso que, a despeito da proibição contida no dispositivo legal, pode-se cogitar da concessão da tutela de urgência, como foi visto na seção 2.6 dessa dissertação, como forma de preservar outros direitos de índole constitucional, como a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CR/88), e os princípios da efetividade e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CR/88 e art. 4º do Código de Processo Civil).

No entanto, a complexidade do caso, e, sobretudo, as consequências de uma possível decisão provisória autorizativa da interrupção de serviços públicos – com potencial para atingir milhares de pessoas que usufruem de comodidades essenciais – recomenda cautela extrema.

Sugere-se que essa técnica processual somente seja empregada ao final do processo, em decisão de cognição exauriente, por ocasião da sentença, após sucessivos incentivos à composição e depois do pleno exercício do contraditório e da mais ampla defesa, e desde que, obviamente, preenchidos os pressupostos processuais pertinentes. E, caso seja possível o reequilíbrio econômico-financeiro (e de interesse do concedente a manutenção do projeto concessionário), somente após a concessão de prazo razoável para que o Poder Público tome as medidas adequadas para a recomposição da economia contratual.

Especificamente em relação ao caso, resumindo tudo quanto foi examinado, havendo evidências concretas de que: (i) o Município de Florianópolis responsabilizou-se pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo em caso de eventos extraordinários; (ii) a pandemia da COVID-19 e as medidas de enfrentamento adotadas pelo Poder Público impactaram gravemente na execução da avença; e, (iii) os pedidos de reequilíbrio não foram respondidos administrativamente e nem foram adotadas medidas efetivas para a recomposição da equação inicial do contrato; um possível desfecho para a ação judicial proposta pela concessionária, não havendo composição entre as partes e permanecendo do interesse público a manutenção do projeto concessionário, tal como contratado ainda em 2014, seria a procedência da demanda. O comando da sentença deveria se limitar a obrigar o Município de Florianópolis a recompor de forma completa o equilíbrio econômico-financeiro inicial

do contrato, utilizando-se o Valor Presente Líquido – VPL resultante do fluxo de caixa da proposta financeira como parâmetro (Cláusula XIX, item 4), valendo-se de algumas das medidas estipuladas no contrato e previstas em lei, num prazo adequado não superior a 180 dias, sob pena de extinção da concessão e conversão das obrigações resultantes do contrato em perdas e danos.

Nesse sentido, embora por fundamentos diversos com os quais se discorda, o comando do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça na referida Apelação / Remessa Necessária n. 5029142-06.2020.8.24.0038, rel. Carlos Adilson Silva, Segunda Câmara de Direito Público, j. 25-10-2022, modifica parcialmente a sentença justamente para deixar bastante claro que compete ao Município de Joinville, na qualidade de concedente, definir quais as medidas deverão ser tomadas para o reequilíbrio do contrato.

4. CONCLUSÃO

Como foi descrito no decorrer dessa dissertação, não há unanimidade acerca dos conceitos jurídicos adotados para o exame do caso. Boa parte deles nem mesmo foi abordado nos casos definitivamente julgados pelos Tribunais, o que contribui para a insegurança jurídica dos contratos de concessão, tornando mais custosa para os usuários a utilização dos serviços públicos.

Não há definição segura sobre os reflexos da pandemia nos contratos administrativos dessa natureza, em que pese o esforço do Superior Tribunal de Justiça de lançar balizas sobre a questão. No entanto, pelo menos até agora, elas se relacionam ao Direito Privado, que tem base normativa diversa e cujas conclusões não devem ser transplantadas para o Direito das Concessões sem as devidas críticas ou ressalvas.

Com esse estudo, cujo contexto fático é semelhante a tantos outros casos em trâmite nos diversos Tribunais de Justiça da federação, busca-se contribuir, ainda que minimamente, com o aprimoramento das decisões judiciais e do próprio Direito, lançando luzes sobre noções que, no mais das vezes, se apresentam obscurecidas e incompreendidas. Não só para que o resultado final da demanda seja adequado, mas também para que a fundamentação esteja sempre apoiada nos arcações normativos adequados e aplicáveis, possibilitando a justificação racional da decisão.

O legado desse trabalho para o Poder Judiciário é a busca de aprimoramento da própria atividade jurisdicional em casos dessa complexidade e relevância política, econômica e social, pelo estímulo da solução consensual – a mais adequada para essa espécie de controvérsia –, ou, não sendo possível, pela qualificação do método decisório e das razões de decidir, e pelo cuidado com as consequências do pronunciamento judicial.

De igual modo, ressaltou-se a importância do valor segurança jurídica, princípio indispensável para o desenvolvimento de uma nação, cuja evidência prática é o respeito aos contratos. Não mais aquele cego de outrora, apegado na rigidez do *pacta sunt servanda*, mas reconhecendo a fonte normativa oriunda da autonomia negocial. No mais das vezes, de antemão, as partes já cuidaram de trazer critérios, métodos, mecanismos para resolver crises contratuais provenientes de riscos previamente definidos e repartidos, os quais não podem ser ignorados pelo julgador.

Ainda que os resultados desse estudo de caso não sirvam efetivamente a outros, trouxe-me grande aprimoramento pessoal.

Como profissional do Direito e integrante dos quadros do Poder Judiciário, certamente servirão para qualificar, no mínimo, as minhas próprias decisões judiciais, o que, ainda que modesta e humilde, é uma consequência positiva que se refletirá no serviço judiciário.

A seguir, então, as conclusões que podem ser extraídas do trabalho.

A concessão de serviço público é contrato administrativo especial, regido por legislação especial, principalmente a Lei n. 8.987/1995, que cuida da concessão comum. Caracteriza-se por um regime jurídico composto pelo conjunto original de prerrogativas e sujeições, oriunda de um projeto autossustentável. Nele estão especificadas as prestações a serem adimplidas pelo concessionário e pelo concedente, reciprocamente e frente aos usuários. A execução do projeto se dá por conta do concessionário, a quem cabe a gestão e organização do empreendimento, e segundo específica matriz de riscos estabelecida voluntariamente entre as partes, em conformidade com o estatuto do serviço público, as disposições editalícias e contratuais.

A despeito da ausência de previsão expressa da matriz de alocação de riscos na Lei n. 8.987/1995, a própria natureza do projeto concessionário (de alta complexidade, envolvendo investimentos vultosos, de longo prazo) torna imprescindível a sua elaboração, que deve conter a natureza de cada risco, o impacto financeiro na hipótese de o evento se materializar, a probabilidade de ele ocorrer, a alocação do risco e possíveis medidas de mitigação. Ela caracteriza o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, dá-lhe em grande medida conteúdo, porquanto o contrato se considera equilibrado sempre que atendidas as suas condições. Em regra, a matriz de alocação de riscos deve permanecer a mesma durante todo o prazo do contrato. Entretanto, havendo a quebra das condições fáticas e jurídicas sobre as quais ela se sustenta, por circunstâncias posteriores, excepcionais, imprevisíveis e irresistíveis, de consequências incalculáveis, ela poderá ser repensada em conjunto pelas partes.

Por sua vez, o equilíbrio econômico-financeiro faz parte da própria essência dos contratos de concessão. A garantia de sua manutenção confere aos potenciais interessados na organização, gestão e execução do serviço público a necessária

segurança jurídica para tornar atrativa a possibilidade de contratar com a Administração Pública. De igual modo, a sua observância prática, concreta, no transcurso do contrato, mediante a adoção, sempre que necessária, das medidas neutralizadoras/mitigadoras de eventos de desequilíbrio é o que viabiliza a prestação de serviço adequado, seguro, contínuo, regular, eficiente, confortável, atual, geral, e com tarifas acessíveis (módicas). Há uma relação intrínseca entre serviço adequado e equilíbrio econômico-financeiro.

A noção tradicional de equilíbrio econômico-financeiro como mera correspondência entre encargos e receitas, embora descreva parte do fenômeno, fica muito aquém do que ele realmente é. Apresenta-o como uma característica de somenos importância, como algo secundário, não lhe conferindo o papel central que desempenha na compreensão da concessão comum.

O equilíbrio econômico-financeiro sem dúvida constitui-se garantia do particular de que será respeitada a equação estabelecida entre o custo de oportunidade do capital, o investimento realizado, os fluxos de receitas e despesas e respectivas projeções de longo prazo, conforme definido no momento da contratação, sob específico arcabouço institucional que positivou singular matriz de alocação de riscos.

Mas o interesse público também exige a sua tutela.

Inviabilizado o projeto concessionário pelo desajuste da economia contratual, é afetada a própria política definida pelo Estado, com a opção pela delegação do serviço em detrimento da sua prestação direta. A legítima opção política tomada pelos representantes do povo democraticamente eleitos pela transferência à iniciativa privada de um conjunto de atividades de interesse público, economicamente viável, pode ser frustrada com a derrocada do projeto concessionário como consequência de desajuste superveniente da economia contratual, não equalizada a tempo e modo oportunos.

Sempre que não forem atendidas as condições do contrato, estar-se-á diante de possível desequilíbrio econômico-financeiro (interpretação a *contrario sensu* do art. 10 da Lei n. 8.987/1995). A configuração do desequilíbrio prescinde de onerosidade excessiva, lesão enorme, situação pré-falimentar do concessionário, ou outros cenários extremados. Dispensa, igualmente, a extrema vantagem do concedente.

O equilíbrio econômico-financeiro pode ser avaliado por diferentes técnicas, dentre elas a do Valor Presente Líquido – VPL, e a da Taxa Interno de Retorno – TIR, que também podem ser usadas como parâmetro para a recomposição da equação financeira. Parte da doutrina especializada aponta as vantagens de se usar a Taxa Interna de Retorno – TIR.

A pandemia da COVID-19, fato imprevisível e inevitável, de consequências inescapáveis, afetou profundamente a vida de todas as pessoas do mundo, impactando severamente a execução dos contratos administrativos. Se, por si só, não constitui justificativa para o inadimplemento das obrigações, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando se considera a natureza do contrato de concessão de serviço de transporte coletivo, ela pode ser qualificada como força maior. Por sua vez, nesse mesmo contexto, os atos praticados pelo Poder Público para combater a crise de saúde pública, por se tratarem de ações planejadas, coordenadas, elaboradas com caráter geral, ou seja, voltadas a toda coletividade, e emanadas de uma das partes do negócio jurídico diretamente atingido, melhor se enquadram na noção de fato do príncipe. Tanto a pandemia em si, quanto a resposta estatal para combatê-la são exemplos de eventos extraordinários, cujos riscos, tanto por razões jurídicas (previsão legal e contratual), como por considerações de ordem econômicas (não internalização de custos com incertezas e socialização de seu impacto), sempre foi alocado ao Poder Público.

Diante de potencial conflito de interesses ente concedente e concessionário, o papel do Poder Judiciário deveria ser, primordialmente, de conciliador, facilitando e incentivando a composição – solução ideal para divergências nesses tipos de demandas, havendo possibilidade, inclusive, de opção por métodos adequados de solução de conflitos.

Todavia, não havendo acordo, a própria legislação atribui ao Poder Judiciário o poder de declarar extinta a concessão, em demanda de iniciativa do concessionário, cessando a obrigação de continuar a prestar os serviços após a decisão tornar-se definitiva. Apesar da previsão normativa, a concessão de tutela de urgência não pode ser abstratamente descartada, muito embora se recomende extrema cautela, haja vista as consequências de uma decisão dessa natureza e que potencialmente afeta número indeterminado de pessoas: os usuários.

Em relação ao caso objeto de estudo, após exame do Contrato de Concessão n. 462/SMMU/2014, firmado entre o Município de Florianópolis e o Consórcio Fênix, vencedor da licitação, da específica matriz de alocação de riscos, dos atos expedidos pelo Estado de Santa Catarina e pelo Município de Florianópolis que impactaram diretamente no serviço público de transporte coletivo de passageiros, bem como dos termos da ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023, proposta pelo concessionário contra o ente público, concluiu-se que o concedente assumiu contratualmente os riscos de eventos extraordinários, nada importando se qualificados como caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou da administração, ou outra denominação. A pandemia da COVID-19, em si, e os atos emanados do Poder Público para o enfrentamento da crise sanitária implicaram na interrupção/suspensão/restricção do serviço, impactando diretamente no equilíbrio do contrato de concessão. Como consequência, houve queda vertiginosa de receitas, constituindo cenário fático em que a continuidade da prestação do serviço público tornou-se economicamente inviável. Para além das proibições, houve incremento das obrigações da concessionária, e, a despeito de previsão contratual expressa, não foram adotadas medidas compensatórias eficazes concomitantemente às restrições e ao acréscimo de encargos. O incremento de subsídio adotado tempos depois do início das restrições foi insuficiente para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

Com base nas disposições contratuais e normativas, e utilizando o parâmetro contratual para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro inicial, qual seja, o Valor Presente Líquido – VPL, apontou-se alternativas para a correção de rumos, com menção ao Relatório Final de auditoria contratada pelo Município de Florianópolis especialmente para a avaliação desse contrato e que integra o acervo probatório da ação judicial n. 5068978-31.2020.8.24.0023. Sugeriu-se a revisão tarifária, a prorrogação do contrato e a indenização da concessionária.

Por fim, inviável a solução consensual, buscou-se responder quais os limites da atuação do Poder Judiciário nesse caso concreto, apontando que ele deve se limitar a determinar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nos moldes do contrato: (i) desde que possível; (ii) se a providência couber ao Ente Público; (iii) e se houver interesse das partes na manutenção do projeto concessionário. Não cabe ao Poder Judiciário determinar a revisão tarifária, a prorrogação do contrato, a diminuição/modificação da política de investimentos ou outra providência prevista em

lei ou no contrato. Compete-lhe apenas ordenar o cumprimento da obrigação, definir o prazo para que ela seja cumprida, além de indicar as sanções para eventual descumprimento. Não havendo consenso, a escolha da forma de reequilíbrio do contrato, desde que integral, compete com exclusividade ao concedente.

Especificamente quanto ao caso, o comando da sentença deveria se limitar a obrigar o Município de Florianópolis a recompor de forma completa o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, utilizando-se o Valor Presente Líquido – VPL resultante do fluxo de caixa da proposta financeira como parâmetro (Cláusula XIX, item 4), valendo-se de algumas das medidas estipuladas no contrato e previstas em lei, num prazo adequado não superior a 180 dias, sob pena de extinção da concessão e conversão das obrigações resultantes do contrato em perdas e danos.

5. REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU. **Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**. Brasília, 2020.

ALENCAR, Letícia Lins de. **Entre riscos e incertezas: onde se enquadra o COVID-19?** In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al (coord.). *Direito em Tempos de Crise: covid-19 - volume IV - contratos administrativos - controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 61-70.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **O Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias**, Revista do Advogado, Ano XXIX, nº 107, dezembro de 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs**. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

ARENA, Marcela Casanova; ALMEIDA, Ândreo da Silva; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Contratos de concessão de transporte coletivo rodoviário na pandemia: consensualidade na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 17, n. 3, p. 127-150, dez. 2022.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS. **Anuário NTU: 2021-2022** / Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos. - Brasília: NTU, 2022.

BAGOSSIAN, André Martins. **Contratos de concessão e PPP irreequilibráveis: um problema subnotificado antes da pandemia**. Transformações do direito administrativo: direito público e regulação em tempos de pandemia / Organizadores Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça. – Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. Pág. 108-128.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços público** – 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 1999.

CAJAL, Liana Claudia Hentges. **O risco da incerteza: as possíveis contribuições da risk-based theory no enquadramento da pandemia de COVID-19 na matriz de riscos dos contratos de concessão de serviço público**. Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 7, nº 2, p. 136-156, outubro 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CORRÊA, Patrícia Leguiça. **O completo reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos**. Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo – RESPGE SP, v. 11, n. 1, jan/dez. 2020, pág. 345 a 367.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. **Emergência Administrativa e Reequilíbrio Econômico-Financeiro: Desafios da Recomposição e Consensualidade Como Paradigma para o Setor Aeroportuário no Contexto da Covid-19**. Brasília: Revista de Direito Público - RDP, Vol. 17, n. 94, p. 415-440, jul./ago. 2020.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. **Manual de parcerias público-privadas e concessões**. Belo Horizonte, Fórum, 2020.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____, **Concessões de serviços públicos**. In: *Boletim de Licitações e Contrato*. São Paulo: NDJ, n. 4, abr. 2005, p. 403-412.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de Metodologia**/Odília Fachin. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Rodrigo Carvalho e BANDEIRA, Marcos Lima. **Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19**. Revista da CGU, v. 12 n. 22 (2020): Revista da CGU, 22, jul-dez/2020.

HEINEN, Juliano. **Afinal, qual a natureza jurídica da COVID19 (Coronavírus)?** Qualificação jurídica do tema e efeitos nos contratos administrativos. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/2020-05/artigo_mas_afinal_o_que_e_a_covid19_em_termos_juridicos.pdf. Acesso em 22.03.2022.

_____. **Riscos e Incertezas nos Contratos Administrativos. Pressupostos Teórico-Dogmáticos para o Reequilíbrio Econômico Financeiro**. Revista de Direito Brasileira. v. 29, n. 11. Florianópolis/SC. Mai./Ago. 2021.

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

_____. **Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Número 1. Fevereiro/Março/Abril 2005.

KNIGHT, Frank Hyneman. **Risk, Uncertainty and Profit**. Boston and New Yourk Houghton Mifflin Company. The Riverside Press Cambridge: 1921.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica** 1 Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. – 5ª ed. - São Paulo: Atlas 2007.

LIMA, Gregório Costa Luz de Souza. CARVALHO, Gabriel Stumpf Duarte de. FIGUEIREDO, Miguel Zobarán. **A incompletude dos contratos de ônibus nos tempos da COVID-19**. FGV TRANSPORTES – OPINIÕES. Rio de Janeiro: 2020.

LIMA, Gregório Costa Luz de Souza, SCHETMAN, Rafael, BRIZON, Luciana Costa, FIGUEIREDO, Miguel Zobarán. (2020, Abril de 2020). **Transporte público e COVID-19. O que pode ser feito?**. Rio de Janeiro. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas (FGV CERI)

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 – RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p.73-119, out./dez, 2021.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto, VIANA, Camila Rocha Cunha, DE FASSIO, Rafael Carvalho, CAMPOS, Rodrigo Augusto de Carvalho. **Breves notas sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: n. 77/78, p. 189-215, jan./dez. 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 227, pág. 105-109, jan./mar. 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Judicial do Equilíbrio Econômico-Financeiro Nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos**. Fórum Administrativo – v. 1, n. 9, novembro de 2001. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2001, p. 1164-1167.

MARTINS, Gustavo Afonso, SOUZA, Fábio Diniz de. **Reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos em razão da pandemia de covid-19 sob a ótica dos Tribunais de Contas**. Revista Digital do Tribunal de Contas do Estado do Paraná [recurso eletrônico] / Tribunal de Contas do Estado do Paraná. - n. 35, 12-30, jan./mar. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith H., **A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar nos Contratos de Longa Duração**. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 25/2010 | p. 11 - 39 | Abr - Jun / 2010

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA, Egon Bolckmann. **Direito das concessões de serviço público: (concessões, parcerias, permissões e autorizações)**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NUNES, Thiago Mesquita. **Da alocação de riscos enquanto fundamento subjacente ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos**. Boletim CEPEGE, São Paulo, v. 35, n. 4, p. 47-58, julho/agosto 2011.

OLIVEIRA, Mayara Caroline de, MORATÓRIO, Luciano. **Reequilíbrio Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão do Serviço de Transporte Coletivo Urbano por Ônibus Face à Pandemia**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2022. Edição Especial. Pág. 102-135.

PABST, Gabriel. **Covid-19 e o transporte público: uma agenda para os municípios brasileiros** / Gabriel Pabst. -- Brasília: Enap, 2021. 58 p. : il. -- (Cadernos Enap, 89; Coleção: Covid-19 Fast Track).

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco nos contratos de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal; SANDE, Felipe. **Mitos, incompreensões e equívocos sobre o uso da TIR – Taxa interna de Retorno – para equilíbrio econômico financeiro de contratos administrativos – Um estudo sobre o estado da análise econômica do direito no direito administrativo**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p.157-186, out./dez, 2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **O ambiente privado para investimentos em infraestrutura e a urgente necessidade de superar a discussão sobre de quem é o risco dos impactos da pandemia nos contratos administrativos**. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-o-ambiente-privado-para-investimentos-em-infraestrutura-e-a-urgente-necessidade-de-superar-a-discussao-sobre-de-quem-e-o-risco-dos-impactos-da-pandemia-nos-contratos-administrativos/>. Acesso em 29.12.2023, às 16h57min.

RIBEIRO, Maurício Portugal, MANDEL, Denise Nefussi. **O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa?** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/227206/o-atraso-em-reequilibrar-contratos-de-concessao-e-ppp-pode-ser-enquadrado-como-improbidade-administrativa>, acesso em 08.01.2024, às 15h56min.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SAAD, Amauri Feres. **Concessão comum de serviço público de transporte coletivo de passageiros por ônibus. Risco de demanda. Ausência de caráter absoluto. Dever do Poder Concedente de rever a oferta dos serviços para ajustá-la às necessidades da demanda real. Desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do não cumprimento, por parte do Poder Concedente, de tal dever**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 209-237, set. 2018/fev. 2019. Parecer.

SANGUINÉ, Odone; GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Da constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 16, n. 1, p. 133-157, abr. 2021.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos – a manutenção das condições originais da proposta à luz da Lei n. .8987/95**, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 51-, p.187-217, jul./set, 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

QUINTELLA, Marcus; SUCENA, Marcelo. **Os impactos atuais e futuros da COVID-19 sobre o transporte urbano por ônibus nas cidades brasileiras**. FGV Transportes. Rio de Janeiro: 2020.

WALD, Arnaldo, 1932- **O direito de parceria e a lei de concessões : (análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente)** / Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes, Alexandre de M. Wald. São Paulo: Saraiva, 2004.

XAVIER, Olmo Borges. **Transporte público por ônibus no Brasil e a Covid-19: rumo ao colapso dos sistemas**. In: CONGRESSO DE PESQUISA E ENSINO EM TRANSPORTES. 2020. p. 282-293.