

UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

ELISEU SANTOS ARAUJO

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: uma análise acerca dos riscos na prestação do serviço público e a manutenção da equação econômico financeiro do contrato.

São Luís

2018

ELISEU SANTOS ARAUJO

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: uma análise acerca dos riscos na prestação do serviço público e a manutenção da equação economico financeiro do contrato

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, como requisito parcial de integralização curricular para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Tiago José Mendes Fernandes

São Luís

2018

Araujo, Eliseu Santos

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: uma análise a respeito dos riscos e suas mitigações na prestação do serviço público delegado ao particular. / Eliseu Santos Araujo. São Luís, 2018.

52f.

Orientador (a): Profa. Esp. Tiago José Mendes Fernandes.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito - Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2018.

1. Concessão de Serviço Público. 2. Equação econômico financeira. 3. Licitação. 4. Serviço Público. I. Título.

CDU 402.6:008

ELISEU SANTOS ARAUJO

**CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: uma análise a respeito dos riscos e suas
mitigações na prestação do serviço público delegado ao particular**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Graduação em Direito da
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB,
como requisito parcial de integralização curricular para
a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profª. Esp. Tiago José Mendes Fernandes

Aprovado em: 06/12/2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Tiago José Mendes Fernandes (Orientador)
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Prof. Me. Guilherme Ferreira Cezar
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Profa. Mari-Silva da Silva Ribeiro
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Aos meus pais e meus irmãos, por todo o suporte durante a graduação e apoio para seguir os meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Devo gratidão eterna a quem sempre esteve comigo: Deus. Obrigado por me dar para conseguir concluir com sucesso os meus objetivos. Obrigado por me mostrar o caminho correto a ser seguido. Obrigada por me mostrar que sempre existe possibilidade de conciliar o estudo com o serviço e poder chegar até aqui.

Em sequência aqueles que me apoiaram desde o primeiro momento, a minha família. Primeiramente meus pais, que fazem de tudo para me proporcionar tudo aquilo que eu merecia. Aos meus avós que me ajudaram desde o meu nascimento, ajudando a cuidar de mim, minhas tias que me proporcionaram também todo o amor que poderia precisar para ser a melhor pessoa que tento ser até hoje.

Aos meus irmãos, que sendo mais velhos me deram várias broncas que me fizeram melhorar na maioria das vezes, e que nunca desistiram de mim, cuidaram quando mais precisei, foram mais emoção quando eu era razão e fizeram com que minhas atitudes pudessem acima de tudo ser fraternas e pensar no outro.

Além da minha família, não poderia deixar de agradecer a família que escolhemos: os amigos. Aqueles que me fizeram entender que no mundo não vivemos sozinho, devemos acima de tudo pensar no coletivo, que podemos ser felizes sozinho, mas seremos bem mais felizes se estivermos em conjunto. Aos amigos da igreja, do colégio Santa Teresa, os formados na UNDB ao longo desses cinco anos e aqueles que vieram junto com minha profissão atual. O meu muito obrigado.

“Tudo posso naquele que me fortalece.”

Filipenses 4:13

“No fim tudo dá certo, e se não deu certo é porque ainda não chegou ao fim.”

Fernando Sabino

RESUMO

O presente trabalho trata da concessão de serviço público. Para tanto, optou-se por fazer um apanhado inicial do que é o serviço público no cenário brasileiro. Discutem-se os conceitos elaborados pela doutrina desta área do direito, buscando esclarecer como pode ser utilizado esta delegação de prestação de serviço público e os riscos inerentes a mesma. Sob este viés, discute-se a possibilidade de alocação desses riscos de modo que o particular, na maioria das vezes assume-os, possa compartilhar com o Poder Público. Nesse contexto, é averiguada a existência de falha na fiscalização e busca da manutenção da equação econômico financeira dos contratos de concessão. Primeiramente, serão demonstrados os conceitos inerentes a prestação de serviços públicos, suas classificações bem com os seus princípios. Em seguida, tratar-se-á sobre a própria concessão de serviço público, por ser objeto deste trabalho, possui características que o fazem um contrato um pouco distinto dos outros contratos públicos, inclusive a divisão dos prejuízos e lucros advindos da atividade. Por fim, será analisado as jurisprudências dos mais variados estados que demonstrem como o judiciário se posiciona a respeito das áreas administrativas que interferem nos contratos de concessão de serviço público. Para tanto, a metodologia utilizada é de revisão bibliográfica, com estudo das normas e a legislação referente ao direito administrativo com aplicação para a concessão de serviço público.

Palavras-chave: Concessão de Serviço Público. Poder Público. Equação econômico financeira. Áreas Administrativas.

ABSTRACT

This paper deals with the concession of public service. For this, it was decided to make an initial survey of what the public service in the Brazilian scenario is. The concepts elaborated by the doctrine of this area of law are discussed, seeking to clarify how this delegation of public service provision can be used and the risks inherent in it. Under this bias, the possibility of allocating these risks is discussed, so that the user, can share with the State. In this context, it is verified the existence of failure in the inspection and search for the maintenance of the financial economic equation of the concession contracts. Firstly, the concepts inherent in public service delivery will be demonstrated, their classifications and their principles. Then, it will be about the concession of public service itself, because it is the object of this paper, has characteristics that make it a contract a little different from other public contracts, including the division of loss and profits from the activity. Finally, it will be analyzed the jurisprudence of the most varied states that demonstrate how the judicial power positions itself on the administrative areas that interfere in the contracts of concession of public service. Therefore, the methodology used is a bibliographical review, with a study of the norms and the legislation related to the administrative law with application for the concession of public service.

Keywords: Concession of public service. Public Power. Financial Economic Equation. Administrative Risks.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 CONCEPÇÕES SOBRE O SERVIÇO PÚBLICO	14
2.1 Classificações do serviço público	14
2.1.1 Serviço de utilidade de pública e Serviço Público	14
2.1.2 Serviço próprio, serviço impróprio e serviço administrativo	15
2.1.3 Serviços uti singule e uti universe	15
2.2 Regulamentação do serviço público.....	16
2.3 Princípios do Serviço Público	17
2.4 Responsabilização contratual na prestação serviços públicos	18
2.5 Modos de prestação e execução dos contratos de serviços públicos	19
2.5.1 Novas modalidades de prestação do serviço público.....	20
2.5.1.1 Consórcios Públicos.....	21
2.5.1.2 As parcerias público-privadas (PPP).....	23
3 A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SUAS CARATERÍSTICAS	25
3.1 Características Gerais.....	25
3.2 O controle das concessões de serviço público	26
3.2.1 O prazo dos contratos	26
3.2.2 O regime de licitações nas concessões	26
3.2.2.1 A subconcessão dentro dos contratos de concessão de serviço público	27
3.3 A eficácia da Lei Nº 13.673/2018 na execução das concessões	28
3.4 A margem de lucro dos concessionários durante a execução dos contratos.....	30
3.4.1 A cobrança dos serviços concedidos de fruição obrigatória	30
3.4.2 A manutenção da equação econômica financeira da concessão de serviço público	31
3.4.2.1 Mecanismos que podem ser utilizados para ajustar a margem de lucro do particular.....	32
3.4.3 A definição das tarifas a serem cobradas durante a concessão	33
3.4.3.2 A mitigação dos riscos das concessões para atrair investimentos de outros particulares	35
4 A MANUTENÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO FINANCEIRA DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	37
4.1 Áreas Administrativas	38

4.1.1 Fato do Príncipe	38
4.1.2 Fato da Administração	39
4.1.3 Alteração unilateral do contrato	40
4.1.4 Álea Econômica	40
4.1.4.1 Álea econômica ordinária	41
4.1.4.2 Álea econômica extraordinária: teoria da imprevisão	41
4.2 A jurisprudência brasileira para revisão da equação econômico-financeira dos contratos	42
5 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

O serviço público como um todo recebe várias definições por diversos autores que acima de tudo o conceituam como toda atividade que o Estado presta direta ou indiretamente com limites e prerrogativas públicas. Quando lê-se direta ou indiretamente entende-se que pode ser prestado diretamente pelo ente estatal, como um ente federativo ou podendo também ter sua execução através de um particular, que age em colaboração com o Poder Público mas que possui também sua recompensa por atuar como tal.

Quando a atividade é prestada pelo particular, também chamados de delegatários do serviço público, possuem uma margem de lucro que é pactuada previamente, de modo que aquele que presta o serviço já sabe quanto vai gastar e quanto aproximadamente obterá de lucro durante todo o prazo estabelecido, previsto ainda no contrato que caso tenha alguma irregularidade no decorrer desse acordo, deve ser revisto.

Em especial no contrato de concessão de serviço público temos como previsão constitucional referente à manutenção dos contratos, com a devida revisão caso alguma intempérie apareça e prejudique alguma das duas partes do contrato, e deve ser suscitada por qualquer uma das partes com o intuito de preservar a justiça dos contratos de concessão de serviço público, sendo este o mais prejudicado pelas alterações.

Neste viés, tem como hipótese central analisar se todos esses riscos que surgem ao longo da prestação podem ser mitigados, seja por uma repactuação contratual, seja por fontes alternativas de receita, onde recursos podem ser provenientes de outro método além as tarifas dos usuários ou verba pública compensatória ao déficit que o próprio Estado se sujeitou.

O principal risco que se pode ter a priori seria a rescisão unilateral do Contrato por parte da Administração Pública, ao passo que se a mesma também entender por adquirir os bens do concessionário ao fim da prestação do serviço, poderá fazê-lo sem nenhuma irregularidade mediante justa indenização, o que em tese não mitiga integralmente todos os riscos do contrato, de modo que as próprias cláusulas se tornam interdependentes e benéficas demais ao Estado.

Como principal fiscalizador desses contratos, o Poder Público deve acompanhar de perto todas as etapas, para que não seja surpreendido, como na maioria dos casos, com uma ação de reparação civil pelos fatores que ele poderia ter reparado, já que passa a ser o principal responsável pelas irregularidades contratuais.

Os princípios gerais da Administração Pública devem ser aplicados em todos os seus atos, observando estritamente cada uma de suas atribuições, indicando a utilização de

cada um deles com competência específica, tais quais a Motivação, Legalidade, Publicidade e dentre tantos outros a Eficiência que deveria ser melhor observada e que com tantas práticas abusivas com o dinheiro público, acabam não sendo.

Mais ainda na concessão de serviço público temos Princípios específicos, sendo assim, toda conduta estatal deve ser pautada em Lei, e o particular por agir em colaboração também deve seguir essas diretrizes para que não seja mais na frente prejudicado por uma possível ação de improbidade por não uso regular do dinheiro público.

A prestação de serviço indireta por meio da concessão na atual conjuntura mostra-se um tema bastante discutível, pois é justamente neste ato administrativo que infelizmente valores são superfaturados e esses recursos advindos ilicitamente são utilizados em corrupção. Nesta prestação de serviço também temos divergências jurisprudenciais a respeito da possibilidade da mitigação de riscos para instituir a cláusula econômica – financeira do contrato, merecendo ser abordado no decorrer do trabalho com as decisões dos Tribunais.

As concessões de serviço público são inerentes à sociedade em que vivemos, visto que a maioria dos serviços públicos prestados pelo Estado, em regra, são feitas de maneira indireta. Deste modo, entender quais são os seus desdobramentos, os riscos inerentes à atividade e a sua possibilidade de mitigação dos riscos são de interesse da sociedade já que o controle de todos os atos da Administração Pública é de responsabilidade de todos aqueles que são usuários deste serviço ou não.

Este projeto despertou interesse ao realizar um estudo mais aprofundado sobre o Direito Administrativo, sendo o mesmo assunto propício a ser estudado por possuir decisões em alguns pontos controversos, surgindo curiosidade pela matéria e ao estudar este tema e sentir afinidade e aplicabilidade.

Desse modo, através de pesquisa bibliográfica, busca-se contribuir para o debate do respectivo tema que se mostra em voga no cenário atual, para constatar o possível prejuízo, em regra dos particulares pela falta de alterações contratuais sem precisar acionar o Judiciário, observando através dos parâmetros jurídico, incluindo doutrina e análise de jurisprudência de vários Tribunais para identificar seus posicionamentos e a social constatação ou não de descumprimento aos preceitos básicos das Concessões de Serviço Público,

Deste modo pergunta-se como seria possível identificar alguma possibilidade de mitigar entre ambas as partes os riscos e prejuízos da Concessão de Serviço Público para manter a equação econômica financeira dos contratos?

A priori, no primeiro capítulo pretende-se dissertar sobre os serviços públicos, seus conceitos, os seus Princípios, suas classificações, a responsabilidade contratual de cada

um dos pactuantes, bem como os novos métodos que foram utilizados para fomentar novas concessões de serviço público.

Na segunda parte demonstram-se as disposições específicas a respeito da concessão de serviço público, com alguns princípios específicos, a forma de fiscalização, como ocorre a sua formalização e uma discussão acerca da equação econômico financeira das concessões, como a margem de lucro do particular e a cobrança de tarifas em alguns serviços, observando a razão para a sua criação e como é utilizado no mercado atual.

Por fim, no terceiro capítulo observam-se as chamadas áleas administrativas e suas influências diretas ou indiretas no contrato de concessão, através dos fatos do príncipe e da administração, além da incidência da teoria da imprevisão ter sido trabalhada dando abertura para análise de jurisprudências que corroboram a revisão contratual, quando ocorre a quebra da equação econômico financeira.

2 CONCEPÇÕES SOBRE O SERVIÇO PÚBLICO

Ao começar a tratar sobre a Concessão de serviço público, primeiramente deve-se entender o gênero, de modo que a concessão de serviço público encontra-se no direito administrativo para entender posteriormente nos julgados na parte final deste trabalho para então identificar se houve a busca pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não se fique perdido sem entender o real conceito desse instituto.

Na doutrina brasileira temos vários autores que se propõem a esmiuçar a matéria e exemplificar como funciona o serviço e como eles podem ser prestados, tanto diretamente ou indiretamente pelo Estado, quanto indiretamente por particulares que recebem verba pública para prestarem tais serviços. De antemão cabe elucidar que o serviço público vem a ser toda atividade que o Estado presta ao particular, de construção de obra, de iluminação, ou por seus delegados, que estão sob controle da própria Administração com a intenção de satisfazer aquilo que a sociedade precisa ou apenas por interesse do Poder Público (MEIRELLES, p. 374, 2012).

Já Carvalho Filho (2017) de maneira bastante objetiva define o próprio serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 337).

Segundo Di Pietro (2017) prefere adotar uma definição mais analítica, pois para identificar-se como um serviço público deve conter três elementos obrigatórios, sendo eles o elemento material voltando seu propósito para atividades de interesse coletivo, subjetivo pelo fato do Estado se fazer presente direta ou indiretamente e formal por ter regramentos vinculados da atividade pública.

2.1 Classificações do serviço público

Seguindo esses entendimentos, cabe agora classificar esses serviços para facilitar o estudo da matéria naqueles gêneros mais presentes em toda a doutrina: serviços públicos propriamente ditos e de utilidade pública, próprios e impróprios, administrativos e industriais, *uti universe* e *uti singuli*. Assim, começa-se a trabalhar mais afundo nesta matéria.

2.1.1 Serviço de utilidade de pública e Serviço Público

Os serviços públicos propriamente ditos são compreendidos pelo doutrina como aqueles que devem ter uma aplicabilidade efetiva, devendo ser prestado diretamente pela Administração Pública, possuindo neste quesito prerrogativas inerente a prática e medidas

compulsórias. Aqueles que são definidos como de utilidade pública, é estabelecido um juízo de valor sobre a conveniência da prestação, mas não a sua essencialidade.

Meirelles (2012) na sua obra *Direito Administrativo Brasileiro* faz distinção entre essas duas espécies, dizendo que:

No primeiro caso (*serviço público*), o serviço visa a satisfazer necessidades gerais essenciais a sociedade, para que ela possa substituir e desenvolver-se como tal; na segunda hipótese (*serviço de utilidade pública*), o serviço objetiva *facilitar a vida do indivíduo na coletividade*, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar. (MEIRELLES, p. 376, 2012)

Os serviços de utilidade pública também possuem a denominação de serviço em prol do cidadão, de modo que se concentram na necessidade de garantir o seu bem-estar para a sociedade em geral, facilitando a convivência em comunidade.

2.1.2 Serviço próprio, serviço impróprio e serviço administrativo

Quanto à classificação de o serviço ser próprio ou impróprio do Estado, relaciona-se com atribuições do Poder Público, ou seja, os serviços próprios são aqueles que predominantemente são prestados diretamente pelo Estado, e quando não o são, a titularidade da atividade ainda permanece com a Administração.

Já quando se fala dos serviços impróprios, faz-se menção aqueles serviços que os particulares podem prestar sem que exista prévia delegação e não se constataria ilegalidades, mas por atenderem toda a coletividade são denominados como serviços públicos, como exemplo dos mais praticados têm-se as escolas e os hospitais.

Já os chamados serviços administrativos são aqueles que o Estado pratica com a intenção de resolver suas demandas internas, sem satisfação de necessidades sociais, mas sim de cunho estrutural de seus servidores, estrutura englobando toda a sua organização; já aqueles serviços industriais somente são aqueles que geram renda para a atividade pública, sendo denominada essa renda de tarifa ou preço público, e esta modalidade prestada por concessionários, permissionários e autorizados.

2.1.3 Serviços *uti singule* e *uti universe*

Referente aos chamados serviços *uti singule* e *uti universe* pode-se dizer que essa classificação se fez por conta da possibilidade de utilização do serviço público pelo particular; assim, classifica-se como serviço *uti singule* aquele que ao ser prestado pelo Estado, o mesmo consegue mensurar quanto que cada um dos particulares utilizou-se daquele serviço, para fins de controle e cobrança por serviços determinados, enquanto que os serviços *uti universe* o

Poder Público não consegue identificar o usuário que o utiliza, sendo como maior exemplo o serviço de iluminação pública, já que consegue servir a todos, porém não se sabe quem exatamente foram os beneficiários. Agora que já foi trabalhada a sua classificação, passa-se a expor sobre como é efetivado o controle sobre eles e sua regulamentação.

2.2 Regulamentação do serviço público

Sabe-se que o serviço público pode ser prestado pelos entes federativos em geral, pelas pessoas jurídicas pertencentes à Administração Pública indireta, e por particulares, porém, quando se fala da regulamentação e controle deste serviço, o mesmo não pode maneira nenhuma ser delegado, ou seja, é de competência exclusiva do Poder Público, incluindo a elaboração de leis, emissão de todos e quaisquer atos administrativos infra legais com finalidade de ajudar na constituição e efetiva aplicabilidade destes serviços.

Segundo Marcelo Alexandrino (2017), a regulamentação pode ser feita não só pelo ente federativo que delegou ou que presta o serviço público, mas também por todos os integrantes da Administração, mais especificamente por determinadas autarquias. Segundo o mesmo:

Foi exatamente com fundamento nessa orientação que surgiram entre nós as denominadas agências reguladoras, todas elas, pelo menos na esfera federal, instituídas sob a forma de autarquias em regime especial (cabe observar que nem todas as agências reguladoras atuam na regulação de serviços públicos; algumas atuam na regulação de atividades econômicas em sentido estrito, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, da Comissão de Valores Mobiliários – CVM e da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP) (ALEXANDRINO, p. 840, 2017)

Ainda no que toca ao controle desta respectiva atividade vale salientar que é algo inerente à própria atividade, ou seja, se para determinada entidade fundacional ou autárquica foi incumbida de prestar a atividade, a mesma pessoa jurídica de direito público deverá fiscalizar a atividade de seus agentes e as condições as quais ele foi prestado, trazendo enormes repercussões para todos aqueles que recebem este serviço. (CARVALHO FILHO, p. 346, 2017)

Ao ser prestado pela própria Administração Alexandrino (2017) entende que os controles de toda atividade estatal são inerentes juntos com suas prerrogativas, decorrentes diretamente da autotutela da Administração pública, podendo rever seus atos por conveniência e motivação, além do fato de ser prestado pela administração indireta, advém outro controle: a supervisão ou tutela administrativa. Passa a ser um controle altamente rigoroso, pois interessam especialmente todos os cidadãos, sendo algumas delas essenciais a sociedade e de sua subsistência. Após análise do controle, entender os Princípios que norteiam

todo o serviço público é importante, pois nessas diretrizes doutrinárias e morais, os agentes se fundamentam e se consolidam como bons gestores.

2.3 Princípios do Serviço Público

Com relação aos Princípios norteadores dos serviços públicos, devemos verificar aqueles que regem a Administração pública desde sempre, os chamados Princípios Constitucionais do Art. 37 da Constituição Federal de 1988. Mas, além desses princípios, temos princípios específicos dos serviços públicos que auxiliam todos os agentes para que acima de tudo os beneficiários dessas prestações sejam acima de tudo beneficiado, ressalvadas algumas exceções previstas em suas respectivas leis dos serviços públicos.

O primeiro Princípio que merece ser trabalhado e talvez aquele que protege o beneficiário seria o da continuidade. Este princípio detalha que este serviço não deve ter interrupções, zelar pela regularidade do serviço e acima de tudo a prestação sem falhas ao cidadão, desde que o mesmo seja sempre adimplente com suas obrigações.

Neste último caso temos a principal exceção ao Princípio da continuidade, a falta de assiduidade ao pagamento das tarifas. Previsto em lei, caso o usuário não pague as prestações regulares, desde que avisado com antecedência que o corte acontecerá por este fato, estará agindo o agente conforme a lei e se respaldando de eventuais responsabilizações posteriores.

Mais um princípio que protege toda a sociedade é o princípio da igualdade dos usuários, de modo que ele tenha que satisfazer as condições legais para obter tal qualidade. Di Pietro (2017) em sua obra prescreve que as Leis específicas podem prever uma distinção:

A lei de concessões de serviços públicos (Lei nº 8987, de 19-2-95) prevê a possibilidade de serem estabelecidas tarifas diferenciadas “em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuário”; é o que permite, por exemplo, isenção tarifária para idosos ou tarifas reduzidas para usuários de menor poder aquisitivo, trata-se da aplicação do princípio da razoabilidade. (DI PIETRO, p. 145, 2017)

Assim, atendendo todos de maneira igual, foi necessária que a eficiência trazida como Princípio Geral da Administração Pública, fosse corroborada aqui nos serviços públicos, porém agora com um novo viés, com um seguimento mais tecnológico para Administração se atualizar bem como seus concessionários.

Ainda nesse entendimento é necessário que periodicamente ao prestar este serviço, deva ser efetuada uma auto avaliação sobre como anda o proveito daquilo que foi proposto para toda a sociedade, de modo que poderá ser ampliada a prestação destes serviços

e em algumas oportunidades diminuída, analisando a necessidade social e o próprio serviço, resumindo este princípio na máxima de inexistir adequação.

Consignando esses princípios e aquilo que trazem, em alguns serviços públicos, existe a possibilidade de delegação, onde o particular para prestar o serviço precisa ser remunerado, e ainda em alguns casos, ser remunerado integralmente pelos usuários. Nesta perspectiva, o Princípio da Modicidade, em sua literalidade aduz que as tarifas cobradas dos usuários não podem ser exorbitantes, para que eles não sejam prejudicados, mas sempre integralmente beneficiados pelo serviço que estejam recebendo, em um Estado que visa acima de tudo o bem estar social.

Carvalho Filho (2017) explica que é muito importante a existência desse princípio para que se consiga efetivamente ter a adequação entre o serviço prestado e o valor que será pago por ele, e que em oportunidades determinadas a própria Administração oferece subsídios para seu custeio ou aceita que a empresa obtenha apoio financeiro por outras fontes, exatamente como previsto nas concessões e permissões (art. 11, Lei nº 8987/1995). Claramente, não serão de maneira espaciais e sem necessidades, mas apenas para tornar menor aquilo que será recebido dos usuários.

Sendo assim, seguindo os princípios gerais e aqueles específicos desta respectiva matéria acabam gerando direitos e deveres a ambas as partes, ou seja, o usuário passará a ter direitos recebendo o serviço público, bem como os concessionários e o próprio Estado terão deveres inerentes à prerrogativa que passarão a assumir. Neste quesito, importante salientar que estão presentes em qualquer serviço público ou que atenda uma parcela da sociedade. Todos estes estão positivados e almejam a satisfação de todos, como em um contrato particular, porém neste caso com cláusulas do interesse público.

2.4 Responsabilização contratual na prestação serviços públicos

Casos alguns destes direitos forem desrespeitados, é causa de reparação pelos danos sofridos, já que como falado alhures, são contratos onde cada uma das partes espera atingir um objetivo previamente definido com seus respectivos lucros. Não sendo respeitadas suas garantias, pode se ter ação com objeto de suprir as lacunas que ficaram pela prestação falha ou irregular deste serviço que fora assumido. Como exemplo, Meirelles (2012) cita que:

[...] em um serviço de travessia delegado, se a embarcação afundar em decorrência da falha do serviço, a responsabilidade do Poder Público pelos danos aos usuários será subsidiária (não solidária), mas, se a embarcação abalroar outra, os prejuízos desta serão suportados apenas pelo delegado. Neste aspecto, a atual Carta manteve a orientação do art. 107 da CF anterior, piorando sua redação. (MEIRELLES, p. 385, 2012)

Portanto, os prejuízos inerentes ao serviço podem ser tanto do Poder Público quanto do concessionário, dependendo de cada caso concreto e suas variações.

Em sequência, devemos nos debruçar sobre como ocorrem às prestações desses serviços para a população, podendo ser de maneira centralizada, descentralizada e desconcentrada com sua execução direta ou indireta, passando ser explicado agora.

2.5 Modos de prestação e execução dos contratos de serviços públicos

Entende-se por serviço centralizado todo aquele serviço que é feita diretamente pelo Poder Público por seus órgãos e se submete a única exclusividade, sendo neste caso o titular e o efetivo prestador, incluído agora na própria administração do setor público.

Já se entende agora por serviço descentralizado como aqueles serviços que a titularidade do serviço se transfere para aquele que o executa, sendo uma pessoa jurídica diferente da que oferece o serviço, neste caso o próprio poder público, seja ela de direito público ou privado, ou ainda a pessoas físicas que podem prestar serviços a população. Neste quesito deve ser feita uma distinção, entre as duas espécies: outorga e delegação.

Na outorga temos segundo Meirelles (2012) a criação de entidade pelo Estado que recebe a tarefa de prestar o serviço por meio de lei, enquanto que a delegação o setor público apenas transfere por meio de um ato monocrático a única executabilidade do serviço, não repassando a sua titularidade, de modo que o delegatário assume integralmente os riscos do negócio, já que esta pessoa receberá verbas por este exercício, sendo este o seu ônus.

A delegação seria menos que a outorga por em seu bojo trazer uma ideia de um contrato a longo termo, enquanto que a outra seria apenas transitório, modo pelo qual a primeira tem prazo determinado nos contratos de sua elaboração e a segunda geralmente tem prazos indeterminados, variando de acordo com o que prevê a lei de criação de cada uma delas. (MEIRELLES, 2012)

Quando o Estado desconcentra uma determinada atividade significa que o mesmo ao prestar o faz de maneira difusa, ou seja, praticado por mais de um dos seus órgãos da mesma pessoa jurídica, com cada um destes praticando um ato que solidifique o ato e consiga ceder o benefício para os usuários. Tal método de prestação do serviço se mostra efetiva, pois acelera a ação e retira uma parte de sobrecarga que o próprio estado teria que administrar sozinho e distribui entre seus órgãos vinculados lhes dando possibilidade de simplificar o serviço público.

Carvalho Filho (2017) ainda aduz em suas obras que existe mais uma possibilidade de prestação do serviço público, que segundo o autor se confunde com a necessidade do Estado se adequar “a modernidade, ao gerenciamento eficiente de atividades e ao fenômeno da globalização econômica, que arrasta atrás de si uma série interminável de consequências de ordem política, social, econômica e administrativa” (CARVALHO FILHO, p. 363, 2017).

Sendo a atualização um dos princípios aplicáveis ao serviço público, nada mais consiste em uma busca pelas diretrizes legais, ou seja, uma prestação justa e eficaz, que condiz com as tarifas pagas pelos usuários, bem como não ir de encontro com o Princípio da dignidade da pessoa humana, já que alguns serviços atualmente são tão mal prestados, que até este princípio constitucional não está sendo seguido.

2.5.1 Novas modalidades de prestação do serviço público

Dentre essas novas modalidades cabem destacar a chamada desestatização e a privatização, que acabam por estar mais em voga no cenário político atual e podem ser novas táticas usadas para uma governança futura.

A desestatização se caracteriza pela possibilidade do Estado tentar diminuir a sua dívida pública, em outros termos, seria organizar a posição estratégica do poder público para que ele diminua sua liquidez e possa nesse sentido direcionar a iniciativa privada atividades tão onerosas que em regra não deveriam estar sendo prestadas pelo setor público, mas sim delegadas a esses que trabalham em colaboração com o maquinário estatal.

Com essa mudança a possibilidade de retomar investimentos estrangeiros em um Estado que conseguiu mitigar seus riscos e aumentar o fortalecimento do mercado, de modo que os capitais que ali serão aplicados não serão investidos de maneira prejudicial a sociedade ou até mesmo sejam desvalorizados e eles sejam perdidos.

A própria lei criada para falar das desestatizações, Lei Nº 9.491/97, chegou a prever essas possibilidades, como ocorresse uma delegação natural a pessoas do setor privado, indicando que já havia em mente um prévio processo de desestatizar. Assim Carvalho Filho (2017) ainda entende que:

[...] a mesma lei considerou também a desestatização a transferência, para a iniciativa privada, de serviços públicos de responsabilidade da União (não prestados, mas meramente de sua responsabilidade), e neles se incluem, obviamente, as concessões e as permissões. Essa hipótese, aliás, foi questionada no STF no que tange ao serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional, mas a Corte adotou entendimento de que a licitação, e cujos serviços estariam a desafiar novas outorgas, agora consoantes com a Constituição. Malgrado tal entendimento, semelhante ação em si não configura desestatização, a não ser pelo fato de a lei,

impropriamente, tê-la assim considerado, na verdade, a atividade já estava desestatizada (CARVALHO FILHO, p. 365, 2017).

Assim se afastar dessa responsabilidade e transferi-la para sociedades ou grupos comerciais caracteriza a efetiva desestatização, já que por muitas vezes se teve gastos imensuráveis e quase nenhum sucesso, buscando uma nova possibilidade de trazer melhoria para a sociedade.

Aos serviços públicos principalmente destaca-se que a titularidade não foi transferida, apenas foi delegada a execução do serviço, conforme legislação aplicável a estes termos. Carvalho Filho (2017) indica ainda que a transformação que ocorreu com o serviço se fez por questão negocial, de modo que outrora só era permitido à delegação legal, como paraestatais passando a ser de iniciativa privada, com uma gestão inovadora, deste modo, sua estrutura organizacional é a punica que sofreu alterações.

2.5.1.1 Consórcios Públicos

Além da privatização e desestatização, outra forma aplicável para a prestação do serviço público vem a serem os consórcios públicos, que são pessoas jurídicas criadas por entes federativos com a intenção de haver cooperação entre as mesmas, para diminuir as despesas na prestação de serviço público bem como a divisão dos lucros, se assim for constatado ao final do prazo decadencial.

Esta modalidade foi suscitada ao perceber que a ampliação das funções do Estado, bem como o valor de suas obras e o alto grau de complexidade que atualmente se demonstram ao prestar de maneira justa e o mais eficiente possível aquilo que se entende por dever estatal.

Para Meirelles (2012) consórcios públicos são:

Pessoas jurídicas de direito público, quando associação pública, ou de direito privado, decorrente de contratos firmados entre entes federados, após autorização legislativa de cada um, para a gestão associada de serviços públicos e de objetivos de interesse comum dos consorciados, através de delegação e sem fins econômicos. Trata-se de gestão associada ou cooperação associativa de entes federativos, para a reunião de recursos financeiros, técnicos e administrativos – que cada um deles, isoladamente, não teria -, para executar o empreendimento desejado e de utilidade geral para todos. (MEIRELLES, p. 423, 2012)

Deste modo, apenas com previsão legal que esta pessoa jurídica pode ser criada, não dependendo apenas de vontade dos futuros integrantes desta cooperativa, mas de planejamento das câmaras para autorização específica para tal empreendimento, onde haverá transferência integral de serviços, como pessoal específico e todos os bens necessários para a prestação integral por parte da pessoa jurídica.

Neste mesmo seguimento, a Lei 11.107/05, que dá providências a contratação de serviços públicos, estabelece alguns requisitos objetivos para que esse contrato seja celebrado de maneira regular e justa para todos os entes, vedando deste modo toda e qualquer formalização de contrato sem o seguimento de alguns ditames formais.

Caso não sejam seguidos estes ditames, os autores poderão ser responsabilizados e enquadrados no crime de improbidade administrativa, com fulcro na própria lei de serviços públicos e suas delegações.

Ainda sobre os consórcios públicos, é necessário entender a participação de municípios nesta cooperação que por ventura a União faça parte, de modo que o Estado ao qual pertença o município, obrigatoriamente deve também estar inserido, por respeito ao pacto federativo e ideias do legislador à época. Podem possuir personalidade jurídica tanto de direito público quanto de direito privado, dependendo do protocolo de intenções confeccionado por estes entes, respeitando acima de tudo as legislações civis, caso tiver natureza jurídica de uma pessoa do direito privado ou as leis que regem a formação de associação pública.

Se ao final, forem de direito público, este consórcio integrará a administração indireta de todos os entes pertencentes a essa forma de prestação de serviço público, regendo-se deste modo por todas as leis reguladoras do poder público em geral, além das normas específicas para cada caso concreto.

Este protocolo de intenções que fora falado tem que ser devidamente publicado junto a imprensa oficial e confirmado, com autorização legislativa de cada um dos componentes em suas respectivas câmaras. Este protocolo também necessita o cumprimento de alguns requisitos de formalidade, tais quais previstos no Art. 4º da lei 11.107/05, *in verbis*:

Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

- I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;
- II – a identificação dos entes da Federação consorciados;
- III – a indicação da área de atuação do consórcio;
- IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;
- V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;
- VI – as normas de convocação e funcionamento da assembléia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
- VII – a previsão de que a assembléia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;
- [...] IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
- X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;

[...] XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

Deste modo, caso algum desses incisos não seja seguido de maneira regular, o contrato celebrado poderá ser alvo de impugnações e deste modo anulado ou então deverá ser saneado até que sua atuação não seja ilícita ao ir de encontro com a legislação.

Como outra pessoa jurídica prestadora de serviço público, o consórcio pode se valer de contratos com outras empresas, além de convênios, firmam acordos dentre outros. Se for pessoa jurídica de direito público, nos termos do contrato, poderá em alguns casos promover desapropriações e até instituir servidões, conforme novamente siga as regras para cada um destes atos, além da possibilidade de ser contratado por qualquer um dos entes federativos componentes do consórcio sem a prévia ocorrência de licitação (MEIRELLES, 2012).

Além das prestações de serviço, o próprio consórcio público, independentemente da sua personalidade jurídica, como prestadora de serviço público, deve manter suas contas regularizadas, bem como públicas, de acordo com a Lei de responsabilidade fiscal, prevenindo assim a corrupção deste ente e por consequência dano ao erário e o possível enriquecimento ilícito de seus administradores.

2.5.1.2 As parcerias público-privadas (PPP)

Semelhante aos consórcios públicos, uma das prestações que entraram em destaque nesta última década foi a parceria público-privada, que consiste em uma união do poder público com o particular, para que juntos possam prestar um serviço, compartilhando os ônus da prestação, deixando-o mais barato e facilitando o acesso de toda população aos mesmos. Diferentemente dos consórcios públicos, as parcerias público-privadas não são feitas por entes federativos, mas sim por um ente federativo e um particular que atuará na prestação do serviço.

Possuindo uma lei específica, a Lei Nº 11.079/04, este contrato administrativo, pode ser chamado de uma concessão especial, já que neste caso o particular atuará em nome próprio, porém o risco fica mitigado, já que o Poder público acaba por dar uma parcela dos investimentos necessários para que o serviço público aconteça.

Existem no sistema brasileiro duas possibilidades de prestação por esta parceria, sendo:

Concessão patrocinada – quando a concessão de serviços ou de obras públicas envolver uma contraprestação do Poder Público adicionalmente à tarifa cobrada dos

usuário; e concessão administrativa – quando a remuneração do serviço é feita integralmente pela Administração, ainda que ele envolva execução de ora ou financiamento de bens (MEIRELLES, p. 451, 2012).

Em regra são opções de concessões nunca antes previstas na legislação aplicável, porém, esta inovação fez-se necessária para fomentar a participação de particulares em conjunto com o Estado e aperfeiçoar o serviço e prestá-lo da maneira mais satisfatória para os usuários deste contrato, porém, por serem espécies novas em nenhum momento fogem da vinculação de suas atividades aos Princípios Gerais da Administração Pública e os destinados aos serviços públicos.

Como toda outra opção de escolha da administração para prestar um serviço público, o particular escolhido para auxiliar será mediante licitação e na modalidade concorrência, e de acordo com o Art. 12, II, da Lei 11.079/04 estabelece os critérios objetivos de seleção, quais sejam de menor valor a ser pago pela Administração e melhor proposta na combinação de propostas entre o primeiro critério, de acordo com aquilo que foi previsto no edital da licitação.

Nas parcerias estabelecidas onde a parte estatal apenas introduzirá uma parte da verba necessária a prestação, existe um limite estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Nº 101/00) onde não poderá haver disposição de valores acima de 70% previsto no contrato, além de ter um teto quanto ao valor máximo para ser gasto em um único ano, se restringindo a 1% da receita líquida daquele exercício.

Além da parceria público-privada, a concessão de serviço público é um dos serviços que são delegados aos particulares, sendo aquele mais utilizado quando o poder público entende que é mais benéfico o concessionário ser remunerado apenas com as tarifas pagas pelo usuário, além de remunerar-se por vias alternativas a própria prestação do serviço. Por possuir algumas peculiaridades referentes à busca dos benefícios para ambas às partes, valores para sua contratação, esta modalidade será trabalhada em um capítulo próprio, detalhando aquilo que lhe torna específica para sua aplicação e a busca pela equidade pela cláusula basilar desse contrato: o equilíbrio econômico-financeiro.

3 A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SUAS CARACTERÍSTICAS

A concessão de serviços públicos mostra-se totalmente necessária para o cenário brasileiro, visto que o Estado possui um papel muito importante como provedor de políticas públicas e com essa delegação de serviço ao particular compartilha as responsabilidades, os gastos com a prestação e os possíveis lucros da operação.

Este serviço possui natureza específica, já que possui uma lei que prevê os seus mecanismos, alguns princípios da própria modalidade do ramo e que acima de tudo busca prestar um serviço digno para os usuários, pois somente para eles que tal modalidade de prestação fora criada. Entender quais são as características que a fazem tão usual é importante para entender porque a manutenção da equação econômica financeira dos contratos deve ser mantida mesmo que aconteçam eventos extraordinários.

3.1 Características Gerais

Ao começar a tratar da concessão de serviço público deve-se entender primeiramente que tudo aquilo que citado como características gerais das prestações de serviço público aplicam-se integralmente a concessão, visto que esta é uma das espécies da delegação de atividades para particulares que atuam em nome do Estado.

Com previsão constitucional a respeito dessa possibilidade de prestação de serviços pela concessão, o Art. 175 dispõe sobre a prerrogativa da União de editar leis este tema, como sua criação, métodos de controle e sua possibilidade de extinção.

Através deste artigo, fora criada a Lei Complementar 8.987/95 onde se institui as regras gerais de concessão e permissão de serviços públicos possuindo abrangência por todo território brasileiro. Neste sentido, no começo desta lei, o poder concedente realizará licitação para prestação do serviço público cobrando tarifas dessa prestação ou executar obra pública para posteriormente remunerar-se dessa obra, tendo como exemplo os pedágios em rodovias após melhoramento ou recuperação por empresas privadas.

Estes contratos, como explicitado são contratos de adesão, ou seja, não existe possibilidade de mudanças das cláusulas, de modo que estas expressam a supremacia do interesse público sobre o privado, como Alexandrino (2017) explica em uma de suas obras, onde “[...] simplesmente, que as suas cláusulas são redigidas unilateralmente pela administração pública, sem possibilidade de serem negociadas entre as partes. Não há no texto legal, diferentemente, a mesma afirmação a respeito dos contratos de concessão de serviços públicos.” (ALEXANDRINO, p. 846, 2017)

3.2 O controle das concessões de serviço público

O controle em todos os contratos públicos é o principal mecanismo de *compliance* e anticorrupção, visto que ao identificar para onde os recursos estão sendo destinados e como está a execução do serviço pode abrir prerrogativa para cobrar dos concessionários e diretamente que possui a função de excelência de acompanhar de perto o andamento e uso de verbas públicas dadas ao particular para prestar esta atividade.

3.2.1 O prazo dos contratos

Como melhor forma de controle, estes contratos possuem um prazo de vigência determinado, porém, apesar desta disposição não elencou prazos mínimos ou máximos para tal, necessitando que ao ser celebrado o contrato para a prestação desse serviço específico, seja atribuído termo final para este negócio público de forma concreta, dependendo de cada caso, sendo assim razoáveis para que o particular não enriqueça ilicitamente, mas também possa reaver os gastos investidos e os lucros esperados ao ganhar a licitação.

A lei de licitações por sua vez prevê prazos para os contratos públicos, de modo que não ultrapassem o fim dos créditos orçamentários, porém tal prerrogativa não é aplicável às concessões, pelo fato dos valores remuneratórios dos concessionários não ser destinado integralmente das verbas públicas, mas sim dos valores que os usuários desembolsam para poder utilizar aquele serviço.

3.2.2 O regime de licitações nas concessões

Além dos controles quanto ao prazo, outra modalidade de controle acontece ao iniciar uma concessão de serviço público através da licitação, somente na modalidade concorrência. O legislador ao prever tal disposição, entendeu que por se tratar da prestação de um serviço público, deveria ter um rigor maior na contratação, de modo que a concorrência por ser utilizada para valores elevados na contratação de obras e serviços de engenharia, neste caso da concessão, será utilizada independentemente do valor do contrato.

Quanto à possibilidade de dispensa de licitação, temos uma divergência doutrinária no seguinte ponto: para Alexandrino (2017) não será cabível a dispensa de licitação por existir regramento próprio da lei de concessão, sendo a regra geral apenas supletiva ou de aplicação subsidiária às normas vigentes para, enquanto que para a Profa. Maria Sylvia Di Pietro *apud* Alexandrino (2017) a mesma entende que:

O dispositivo constitucional não contém a ressalva do art. 37 XXI, que permite contratação direta nas hipóteses previstas em lei; assim, não se aplicam à licitações para concessão de serviço público os casos de dispensa de licitação previsto na Lei

8.666; **admite-se a declaração de inexigibilidade desde que demonstre a inviabilidade de competição** (DI PIETRO *apud* ALEXANDRINO, p. 849, 2017. grifo do autor).

Nesta linha de raciocínio, devemos dirimir tal convergência com o Princípio da Especialidade, ou seja, as normas mais específicas são aplicadas em detrimento das normas gerais, de modo que como falado anteriormente, a Lei 8.666/93 será aplicada caso exista na omissão Lei 8.987/95, entendendo neste sentido que caso seja inexigível alguma dessas licitações, poderá sujeitar o poder público a uma ameaça de lesão, já que não teria conhecimento da regularidade jurídica, econômica e da sua idoneidade, que neste ponto, seria fator determinante.

Nesta fase de licitação, a vinculação ao edital será Princípio amplamente utilizado, ao entender que os critérios que estão disponíveis na Lei, não forem utilizados obrigatoriamente, o edital pode ser alvo de impugnações e a concessão ser anulada, visto que tudo que não estiver no instrumento convocatório não pode ser cobrado ou muito menos um proposta ter mais benefícios ser considerada a melhor para o poder público, maculando ainda o Princípio da Impessoalidade o Art. 37, caput da Constituição. Federal de 1988.

Especificamente nas concessões, a Lei prevê que as fases da licitação possam ser invertidas, de modo que primeiro se analisem as proposta e depois o vencedor do certame seja devidamente qualificado, como ocorre na licitação na modalidade pregão. Fora atribuído esta possibilidade com o viés de ganho de tempo na escolha do particular, de modo que, em regra, na concorrência, primeiro você habilita os concorrentes para posteriormente olhar a sua proposta, sendo bastante dispendioso, pois você habilita até empresas que não ganhariam a referida licitação.

Porém, diferentemente do pregão, não há a exposição das propostas oralmente com a possibilidade de sua barganha, a chamada fase dos lances verbais, devendo todas as suas propostas serem entregues lacradas em envelope, a fim de assegurar a regularidade formal prevista pelo legislador.

3.2.2.1 A subconcessão dentro dos contratos de concessão de serviço público

Ainda neste expediente é necessário analisar o processo das concessões de serviços públicos, seguindo a regra de vinculação ao edital, e se neste documento prever a possibilidade de subconcessão, transferência da concessão e transferência do controle societário, será plenamente cabível se for suscitado pelo particular.

Nesta hipótese, apenas poderiam ser subconcedidos algumas atividades meio da concessão, como elaboração de um projeto de determinada área, contratação de pessoal e estariam vedadas as subconcessões de terceiros que possam efetivamente prestar o serviço público. Alexandrino (2017) explica que a previsão em lei apenas abrange contratos privados, firmados entre dois particulares, o concessionário e um terceiro, sem que haja a anuência do poder público, de modo que eventuais responsabilidades não poderão ser atribuídas ao poder público, mas sim as partes deste novo contrato.

Excepcionalmente, caberá subconcessão da atividade fim para um terceiro, porém, deverá haver novamente licitação na modalidade concorrência, para que ao escolher quem for prestar a atividade, não seja escolhido irregularmente apenas com intuito de enriquecer ilícitamente ou produzir dano ao erário. Se assim prever o edital, tal subconcessão poderá ser apenas parcial, sendo todos esses limites impostos pela administração.

Os direitos da concessionária serão sub-rogados para o subconcessionário e, portanto o mesmo não terá nenhuma relação jurídica com o concessionário, mas sim relação com o poder público, já que ele lhe concedeu a possibilidade de prestar este serviço público, mesmo que parcialmente, segundo seus critérios.

Ao contratar mais um particular para prestar a atividade pública, surgem os direitos inerentes a este, bem como os deveres de toda a sociedade bem como do dever público, de modo que ambos possam buscar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, já que por ser um contrato oneroso, de contraprestação, as duas partes querem obter o melhor resultado possível, tanto na prestação de serviço público, quanto no valor ao final arrecadado.

3.3 A eficácia da Lei Nº 13.673/2018 na execução das concessões

Além da possibilidade de haver essa remuneração, foi instituída uma nova lei que obriga a informação a respeito da evolução dos valores cobrados pelas concessionárias, de modo que facilite a transparência do serviço, pois atua em nome do Estado, e atuação em congruência com o Princípio Constitucional da Publicidade, tornando disponível para todos os dados.

Esta Lei fora aprovada para que os usuários saibam em que a contraprestação está sendo utilizada, visto que anualmente alguns valores de alguns serviços são atualizados de modo que corrigem o preço da prestação, porém no quesito da atualização do serviço não há nenhuma novidade, ainda persistem bens desatualizados, precários e até mesmo funcionários não capacitados, já que para atuarem nas concessionárias não passam por concurso público, mas sim contratação de empregados como toda qualquer empresa privada.

Os valores reajustados em relação a prestação dos serviços mostram-se lícitos, porém, reajustes em excesso podem ser anulados pelo Poder Público ao constatar que poderão conter irregularidades nessa solicitação, de modo que com este ato o meio para denunciar os abusos para quem de direito para efetivarem regularmente a fiscalização.

A relação dos usuários com os concessionários podem ser enquadrados como direito do consumidor, ou seja, podem propor ações de reparação, obrigação de fazer, perdas e danos se aquele serviço não for prestado com responsabilidade, pois o mesmo não está sendo feito por meio de política pública, mas mediante remuneração que vem direto da população.

Segundo Silva (2018) o Princípio da Transparência nesse sentido se vale para que o fornecedor executem as atividades de acordo com o interesse público, explicando ainda que o:

[...] o próprio direito do consumidor à informação, mas é muito mais abrangente, expandindo-se para albergar não somente a conduta ativa do fornecedor em esclarecê-lo, mas, também, o dever de não ocultar aspectos. Na sociedade atual, em que forças mercadológicas se sobrepõem aos interesses da coletividade, aduz Kloepfer que é 'na informação que está o poder e a sua falta é um minus' (grifo do autor) (SILVA, p. 1, 2018).

Este entendimento aduz que a transparência do serviço público acima de tudo deve ser prestada, mais ainda com termos claros que não prejudiquem o entendimento do usuário que lerá os relatórios e poderá contestar a qualquer tempo.

O Estado torna-se fiador dos contratos de concessão de serviço público, pois o encargo de escolher o concessionário foi da Administração Pública, sendo assim o mesmo deve suscitar do próprio particular que ele publique esses contratos prevenindo mais uma vez a possibilidade de deturpação dos contratos e desvio de verbas públicas.

Mattos (p. 6, 2014) ainda em um de seus artigos traz a ideia do dever-poder do Estado, atuando principalmente na “verificação da administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros nas empresas concessionárias, o conhecimento da rentabilidade dos serviços para a fixação de tarifas justas, bem como a punição às infrações regulamentares e contratuais, conforme previsto na Lei n. 8.987/95”.

Como falado alhures, a fiscalização é de competência exclusiva do Poder Concedente, pois este regulará pautado diretamente no interesse público, e quando necessário deverá utilizar a o poder de polícia para poder assumir o controle da atividade quando o mesmo não for prestado corretamente para a população, prejudicando a continuidade do serviço.

3.4 A margem de lucro dos concessionários durante a execução dos contratos

Ao chegar ao quesito de onerosidade, devemos esclarecer o valor que o particular receberá do poder público ou dos usuários em regra, já que o contrato de concessão é um contrato de adesão, nenhuma das cláusulas poderá ser alterada, e a sua parcela de lucro também não será, excetuando-se a possibilidade de haver uma mudança no projeto, tanto para aumentá-lo, quanto para diminuí-lo, pois não se busca enriquecer ilicitamente o particular.

A doutrina neste sentido busca diferenciar preço público de taxa, já que comumente acontece essa confusão semântica. Preços públicos então, não são taxas, pois:

[...] não são tributo, estão sujeitos ao regime jurídico administrativo, configuram prestação de uma obrigação de natureza contratual (a formação do vínculo jurídico, em tese, depende da vontade das partes). Quando são recebidos pelo Estado, classificam-se como receita pública originária. Evidentemente, tarifas pagas a um particular delegatário de um serviço público são receita dessa pessoa privada, e não receita pública (ALEXANDRINO, p. 866, 2017).

Assim, fica claro que, em regra, somente por meio do pagamento de valores efetuados pelo usuário, o concessionário, poderá ser remunerado. Não obstante, a Lei das concessões previu exceções a essa remuneração, como fora explicado no capítulo anterior, referente às parcerias públicas privadas ou concessões patrocinadas.

3.4.1 A cobrança dos serviços concedidos de fruição obrigatória

Na doutrina brasileira o posicionamento é de que alguns serviços obrigatórios não deveriam ser cobrados, ou seja, a prestação deveria ser feita pelo Estado, por meio de políticas públicas sem que haja cobrança do particular, mesmo que acontecesse de forma delegada, apenas e somente o Estado deveria arcar com as despesas e valores do mesmo.

Guimarães (2009) explica que o sistema tarifário como um todo passou a ser um dos principais elementos da concessão de serviço público, de modo que é exigida a individualização do serviço para que seja cobrado dos usuários, e em sua maioria, esses serviços obrigatórios seriam *uti universe*, sem distinção de quem seria o usuário direto do mesmo. Para embasar a teoria, entende-se que a tarifa não pode ser elemento de obrigatoriedade, já que pressupõe a disposição de um serviço que não obriga o usuário a uso, ou seja, seria facultativo.

Ademais, a cobrança de tarifa seria um exercício de autonomia da vontade do usuário, fruindo da própria liberdade contratual e autonomia da vontade de quem recebe o serviço, optando por recebê-lo. A fruição obrigatória é inerente ao ato da autoridade competente que constrange o particular a utilização daquele serviço, imposto assim pelo Poder Público.

Neste sentido, a tarifa a ser paga acaba sendo submetida à fluência do mercado, ou seja, caso a prestação desse serviço se torne mais cara, conseqüentemente a tarifa a ser cobrada também será mais cara, visto que o particular precisa retirar seu lucro da prestação corrigindo a operação com os valores gastos durante o serviço, o chamado custo operacional, de modo que o equilíbrio econômico financeiro do contrato não seja destruído.

Não obstante, mesmo sendo de prestação obrigatória, os valores dos serviços *uti universe* possui entendimento em parte da doutrina de que a cobrança para eles é tão necessária quanto os serviços de prestação específica, sendo o primeiro argumento o constitucional, pois na própria carta magna não há vedação a essa tarifação.

Segundo Guimarães (2009), define-se o regime da concessão:

[...] pelo princípio da intangibilidade da equação econômico-financeiro do contrato, o que pressupõe a existência no seu bojo de cláusulas financeiras orientadas permanentemente a um certo equilíbrio da relação entre encargos do prestador e remuneração advinda do negócio. Assim e em tese, as cláusulas financeiras da concessão estarão continuamente e adaptando ao dinamismo da realidade econômico-financeira que circunda a execução da concessão, assegurando-se a manutenção do equilíbrio contratual (GUIMARÃES, p. 8, 2009).

Deste modo, ao ser concedido determinado serviço, não se pode entender que aquele serviço não será remunerado pelo particular, pois caso contrário o mesmo não deveria ter sido inicialmente disponibilizado para o particular. É intrínseca a palavra concessão a remuneração, ainda que parcial, vinda dos cidadãos como falado anteriormente, o concessionário precisa ser remunerado e Estado não teria condições de prover todos os valores que são devidos.

Neste momento do trabalho consegue-se entender que ao ser autorizada legalmente a concessão, quando o particular submete-se a licitação espera ser classificado, pois naquele momento possui um retorno fixo de seus trabalhos, mesmo que o pagamento aconteça de forma parcelada e em momentos distintos, depois da vistoria realizada pelo Poder público. Acima de tudo, o particular estabelece uma margem de lucros, ou seja, planeja gastar um determinado valor com material, determinado valor com pessoal para somente aquilo que sobrar ele poder constatar o seu verdadeiro lucro.

3.4.2 A manutenção da equação econômica financeira da concessão de serviço público

A relação contratual da concessão prevê que o particular não seja prejudicado e aufera justamente aquilo que foi pactuado *ab initio* entre os participantes da concessão. Tem-se como ponto principal dessa configuração da cláusula econômica financeira dos contratos, onde o particular não pode ter prejuízo e o Estado muito menos.

Por esta possibilidade, o Poder Concedente dispõe da faculdade, porém também prerrogativa, de reestabelecer os preços dos contratos desde que todos os pontos sejam objetivamente preenchidos para que assim o faça sem precisar de autorização legislativa, onde o regime contratual estabelece modalidades de remuneração para ser incrementada a eficiência e manutenção das tarifas mais baixas, através de fórmulas que podem aumentar a produção e queda dos preços dos serviços (GUIMARÃES, 2009).

Neste sentido, Justen Filho *apud* Guimarães (2009) dispõe que:

[...] a Constituição Federal ao tutelar a intangibilidade da equação econômico financeira do contrato do administrativo, produz uma espécie de redução da amplitude da eficácia do sistema tributário. Retira do seu âmbito a remuneração atinente aos serviços públicos outorgados aos particulares por vida de concessão ou permissão (JUSTEN FILHO *apud* GUIMARÃES, p. 8, 2009).

Ainda Di Pietro *apud* Guimarães (p.8, 2009) também explica que “impor a instituição de taxa (sujeita ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos tornará inviável a utilização da concessão, já que a taxa é inadequada como meio de assegurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro”.

Introduzindo esse pensamento, nota-se que o mesmo possuindo prerrogativas, o Poder Público nunca poderá retirar a margem de lucro do particular, sendo assim toda vez que surgir alguma irregularidade no contrato ou fatos supervenientes, o mesmo deve se atentar a essa hipótese e corrigir monetariamente e atualizar os valores tarifários.

A lei Nº 8.987/95 em seu artigo 9º, § 2º prescreve que os contratos devem ter mecanismos de atualização das tarifas ou implementá-los, de modo que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo esta uma das limitações dada aos contratos públicos, já que em regra possuem poderes exorbitantes.

3.4.2.1 Mecanismos que podem ser utilizados para ajustar a margem de lucro do particular

Justen Filho (2011) explica que a atualização monetária não será a todo e qualquer tempo, ou seja, existem critérios necessários para isso, ao passo que:

A quebra do equilíbrio econômico-financeiro e o reconhecimento do direito a sua recomposição envolve análise do universo fático. Mas não basta a alteração da relação original entre encargos e vantagens para surgir o automático direito de o interessado pretender alguma alteração do tratamento jurídico. Para tanto, é necessário verificar (provar) a ocorrência de três ordens de eventos (JUSTEN FILHO, 2011).

Além da possibilidade de ajuste extraordinária, ordinariamente é cabível que os valores a serem cobrados dos usuários sejam reajustados por conta de aumento no valor da

própria prestação, em outras palavras os meios pelos quais os serviços serão prestados aumentaram, devendo de todo modo ser repassados àqueles que o usufruirão, a não ser que possam existir fontes alternativas de receitas onde este prejuízo será minimizado.

Fontes alternativas de receita são mecanismos que o Poder Concedente pode prevê ou implementar posteriormente junto com o particular em uma das cláusulas do contrato, onde o concessionário poderá utilizar outros meios através daquele serviço público que ele está prestando para poder auferir receita, de modo que os valores que serão definidos aos usuários serão menores, já que parte da receita veio desta fonte. Como exemplo dessas fontes alternativas de receita temos a publicidade que fica parte de trás dos ônibus que fazer o transporte público ou então quando o Estado privatiza certo trecho de rodovias para que seja, revitalizadas pelo particular e ele pode colocar publicidades no decorrer da malha viária em questão. Este benefício não será fruído inteiramente pelo concessionário, pois nesta modalidade de contrato todos os benefícios ou prejuízos serão compartilhados quando estes forem constatados.

Por possuir a administração da política tarifária, o concessionário pode propiciar benefícios a toda coletividade quando o serviço for melhor prestado, sendo assim, segundo Guimarães (2009) poderão usar até mecanismo para poder ter acesso a outros serviços públicos ou incrementar políticas públicas, de modo que podem flexibilizar o modelo remuneratório, que marca assim a mobilidade econômica que envolve todo o serviço público no sistema nacional.

3.4.3 A definição das tarifas a serem cobradas durante a concessão

Ainda referente à remuneração dos concessionários o autor Justen Filho (2011) acredita que a definição de valores para os serviços públicos são uma questão lógica, porém, quando se trata de um serviço mais complexo com uma estrutura grande, outras variáveis se tornam necessárias a análise para que o preço justifique o serviço.

Para ele existe a diferenciação dos custos para serem adotadas durante a cobrança: o marginal e o médio. Para este doutrinador definem-se por:

[...] corresponder ao montante necessário a produzir uma unidade a mais (ou deixar de produzir uma unidade) de uma utilidade qualquer (um quilowatt de energia, um litro de água, um quilograma de lixo coletado etc.). Já o custo médio é obtido pela divisão da despesa total necessária à implantação e a prestação do serviço pelo número de unidades produzidas (JUSTEN FILHO, p. 739, 2011).

Com os conceitos definidos, ele defende que seria ideal adotar o custo marginal, já que o usuário pagaria apenas os custos da prestação, porém, ao analisar o caso concreto

percebe que não haveria amortização dos valores de implantação do serviço, tendo assim como o único meio de remunerar o concessionário seria estipular um valor médio de cobrança considerando assim os valores utilizados com a produção dos conjuntos dos bens (JUSTEN FILHO, 2011).

Quando não houver valores que poderão ser cobrados para instalar o serviço, as tarifas à serem cobradas poderão ser somente as marginais, pois assim a margem de lucro não seria afetada, não prejudicando o particular.

Hodiernamente a tarifa que será cobrada do usuário reflete todos os custos do serviço, bem como desnecessários ou que o prestador utilizou de maneira indevida, e como em regra não busca fiscalizar para onde os valores estão indo após o pagamento, acaba pagando mais sem nenhuma reclamação, de modo que torna-se um lugar onde apenas o dinheiro entra, mas o serviço público continua precário e o concessionário enriquecia as custas do particular.

3.4.3.1 A possibilidade de padronização das tarifas como método de controle do concessionário

Para diminuir tal evasão de valores, é proposta uma padronização de tarifas por parte tanto da Administração como do particular em colaboração, pois ambos terão benefícios com a continuidade do serviço e também se o particular continuar com proposta na renovação da concessão, ele poderá receber esse valor ao longo dos contratos.

Justen Filho (2011) ainda propõe outra possibilidade de regulação dos valores das tarifas bem como possibilitar a ampliação do poder prestado com a qualidade necessária que todo particular deve receber. Neste caso, o autor sugere que o Estado estabeleça um limite que o concessionário poderá cobrar, a fim de que ele mesmo possa com sua criatividade diminuir os seus gastos.

O que o autor tentou explicar com outras palavras não será a limitação de lucros imposta ao particular, mas sim a diminuição dos valores gastos com os atos preparatórios, com a mão de obra do serviço para que assim a sua margem aumente as vezes que ele conseguir essa característica. Segundo a própria doutrina a:

[...] sistemática produz um incentivo à transferência para os usuários de benefícios. A redução de custos depende não apenas da atividade unilateral e isolada do concessionário. Na maior parte dos casos, depende da colaboração dos usuários – o que pode ser obtido por meio de oferecimento pelo concessionário de vantagens, de modo a adotar opções de redução de custos (tal como opção por horários alternativos (JUSTEN FILHO, p. 742, 2011)

Mesmo com esses critérios que foram trazidos, a escolha da política tarifária podem sofrer algumas variações caso a caso, e como faladas anteriormente, leva em consideração o meio social os usuários que serão alvos do serviço público, porém pode ser sugerido pelo próprio Poder Concedente por meio de uma proposta específica.

Tudo aquilo que fora explicado nesta parte do trabalho faz-se importante pois as concessões de serviço público nesta última década tornaram-se passíveis ainda mais de irregularidades já que os seus riscos ficaram cada vez mais escancarados já que os prejuízos são em regra integrais da concessionária.

Porém, a Administração Pública passa a se preocupar mais com as concessões visto que ao passo que as mesmas são bem executadas, os usuários tem boa avaliação desses serviços, mais investimentos privados aquele ente federativo pode receber, ou seja, o Estado que a priori deixava todos os entraves para resolução pelo particular, assume agora uma nova postura de encerramento dos problemas que surgirem.

Como exemplo de problema enfrentado pelo particular que atua em nome do Estado, as reivindicações acerca do aumento das tarifas no transporte público eram ônus inteiro das companhias, onde o Estado evitava resolver para desonerar-se de outro entrave, porém, tal postura deve ser modificada.

3.4.3.2 A mitigação dos riscos das concessões para atrair investimentos de outros particulares

Seguindo esta linha de raciocínio, entende-se que ao propor uma política tarifária mais barata, o Estado assume sua função como colateral do concessionário para que ele não assumira de maneira integral os riscos da operação, pois caso assim o faça, estaria dando respaldo para que este pudesse arbitrar valores extremos a prestação sem que houvesse uma limitação, já que os prejuízos somente ele que arcaria, sem nenhuma ajuda estatal.

Carvalho (p. 1, 2018) vem dizer que “a própria obrigação do poder público de fazer estudos prévios de viabilidade para licitações de concessão de serviço público o compromete em alguma medida ao resultado, contrariando também a máxima de que a gestão do serviço público exclusivamente por conta risco do concessionário”.

Ao falar desses riscos, não cabe dizer que diante da visão clássica da divisão dos riscos, o concessionário assumiria os riscos ordinários da efetiva prestação do serviço e o Estado assumiria aqueles riscos extraordinários, sendo o último mais difícil de acontecer e constatação rara, de modo que muitas vezes resultam de práticas da Administração em outras áreas que afetam indiretamente outras tantas políticas públicas em execução.

A divisão dos riscos acaba criando insegurança as partes criando uma divisão que converge no surgimento de prejuízos para as duas partes, assim necessitando que incentivos sejam suscitados e os benefícios sejam maioria e mitigando as ocorrências prejudiciais, dividindo os riscos de maneira mais equitativa (CARVALHO, 2018)

Portanto, devem-se corrigir sempre as irregularidades prestando atenção para que possa ocorrer uma efetiva diminuição dos riscos contratuais inerentes a operação para que a elaboração melhore ao longo do tempo e eficiência da prestação concessionária seja da maior qualidade para quem necessita.

4 A MANUTENÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO FINANCEIRA DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

As concessões de serviço público como todo contrato possuem várias cláusulas e dentre elas, uma destaca-se por ser uma das mais importantes pois busca igualar entre as partes principalmente as contraprestações e os benefícios que serão usufruídos. A cláusula em questão é a cláusula econômica financeira, que estabelece como o particular obterá seu lucro e como o Estado também regulará toda a prestação do serviço.

Como falado anteriormente, a margem de lucro do particular é previamente acertado quando o contrato é estabelecido, porém, existem alguns casos onde o Estado, por sua atuação como provedor social em alguma política pública, acaba por prejudicar a referida margem de lucro do particular, tal qual isentar idosos das tarifas de transporte público, sendo que o concessionário havia calculado seu retorno financeiro na utilização paga dos idosos.

Assim, a manutenção da cláusula econômico financeiro dos contratos existe justamente para que o Poder Público possa nesses casos, onde indiretamente interfere na prestação de serviço público, rever seus atos, ou alguma cláusula específica do contrato de concessão, como uma revisão tarifária, para que os outros usuários supram a isenção que os idosos receberam pelo Estado.

Na doutrina administrativa moderna temos algumas possibilidades desse respectivo ato acontecer, as chamadas áleas administrativas, o fato do príncipe ou até mesmo os chamados fatos da Administração, inerente a prerrogativa de Estado, sendo o caso apresentado umas características deste último passando a explica-los especificamente mais adiante.

Os contratos públicos em geral possuem a característica da mutabilidade, de modo que ao longo da execução, se o Poder Público entender que alguma mudança deva ser efetivada, reduzindo ou aumentando o objeto ou até mesmo os mecanismos que serão utilizados pelo concessionário e, por possuírem prerrogativa para tal, usam de tal para modificar aquilo que tiver conveniência com o interesse público e garantir o direito do contratado para não haver alterações ao pactuado inicialmente.

Por essa possibilidade de mutação, a relação econômico-financeira dos contratos acaba sendo muito dinâmica, podendo perder o controle caso não for regularizado da maneira mais justa possível, como em regra o Estado deverá agir para preservar a justiça dos contratos.

Segundo Di Pietro (2017) ambos os contratos públicos ou privados costumam ser analisados sob duas óticas, para possuírem equivalência material das parcelas para que afirmem equivalência subjetiva, portanto, as partes têm as prestações uma da outra. Diante

disso, entender o que faz com que altera esses contratos é primordial para posteriormente discutir a possibilidade de alocações dos riscos desses contratos onde não produzam efeitos negativos.

4.1 Áleas Administrativas

As áleas administrativas são os chamados riscos dos contratos que o particular se debruça ao prestar o serviço público em nome do Estado, podendo se dividir em fato do príncipe e fato da administração além da alteração unilateral dos contratos por parte do Estado.

Todas essas espécies influenciam diretamente na prestação do serviço, e para buscar a justiça dos contratos, mais ainda com o Estado sendo um dos participantes, deve reajustar valores tarifários que remuneram o concessionário para que posteriormente não seja acionado em ação de reparação civil por não fiscalizar de maneira justa um de seus contratos.

Cada uma dessas possibilidades dos riscos elencados tem peculiaridades de como surgem durante o contrato e como podem mudar a execução e principalmente o ganho do particular, devendo em todas as suas hipóteses a revisão, equivocadamente proposta pelo particular, já que nesta seara a fiscalização estatal identificaria a irregularidade e supriria a necessidade de estabilização da margem pactuada.

4.1.1 Fato do Príncipe

Na doutrina do direito administrativo, entende-se como fato do príncipe a prerrogativa estatal de agir de acordo com o interesse público, buscando sempre o bem estar social, não mensurando as consequências.

Ao promover várias políticas públicas, o Estado em algumas hipóteses acaba que ao direcionar um benefício a determinado nicho social, termina prejudicando outra parcela da população ou até mesmo a aplicabilidade de uma política pública diversa, porém relacionada a que fora posta em prática.

Neste sentido, por possuir prerrogativas inerentes ao poder público, deve sempre identificar que políticas públicas devem prever como proceder em cada uma delas e identificar assim o melhor momento para que alcance o maior número de cidadãos possíveis e produza o mínimo de prejuízos em outras áreas sociais.

Segundo Bandeira de Mello (p. 737, 2005) caracteriza-se como fato do príncipe como “toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, que onera extraordinariamente ou que impede a execução do

contrato e obriga a Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular”.

O autor ainda entende que somente poderá existir o fato Príncipe em estados federados como o Brasil, pois o fato caracterizar-se-á por ser de natureza pública, não privada. Com essa linha de raciocínio, converge na responsabilidade objetiva do Estado, já que ao agir dessa maneira, obriga-se a reparar tais danos, por meio de alterações unilaterais ou bilaterais, ou caso contrário, suprir os danos com uma reparação civil que será arbitrada pelo Judiciário após contraditório.

O fato do príncipe por se só não é exclusivamente oneroso, prejudicial ao particular, em alguns momentos e determinadas políticas públicas pode existir o benefício ao ente privado. Ao cortar relações com determinado órgão internacional, claramente o Estado minaria uma concessionária que trabalhasse diretamente com a exportação de matéria prima ou bens manufaturados para o exterior, porém, se em hipótese contrária o Poder Público extingue-se um tributo referente à exportação, seria um ganho considerável em sua margem de lucro, de modo que se necessita o reestabelecimento da cláusula econômico-financeira dos contratos (BANDEIRA DE MELLO, 2005).

Em todas as hipóteses elencadas, o prejuízo ou o ganho real deve ser de maneira robusta, ou seja, deverá dificultar a prestação ou impedi-la de acontecer, ademais, se não configurar tal natureza, não importa a revisão e dispêndio de serviço por parte daqueles que firmaram o contrato. Não obstante ao fato do príncipe, o fato da administração assemelha-se, porém possui identificação distinta.

4.1.2 Fato da Administração

O fato da administração, em regra, é um fato irregular, que possui relação direta com a prestação direta do serviço público pelo particular. No caso de fato da administração, não será um caso espaço praticado pelo Estado na prestação de outra política pública, será o caso do próprio poder concedente não viabilizar o terreno para exercer o serviço ou determinar algo que prejudique o próprio concessionário.

Bandeira de Mello define como “[...] todo ato ou comportamento irregular da Administração Pública contratante que pode ou não dificultar ou impedir a execução do contrato (BANDEIRA DE MELLO, p. 738, 2005).” Com o pensamento exposto temos que o contratado pode pedir que o Poder Público revise os valores que foram alterados prejudicando seu lucro, por vias administrativas ou judiciais, conforme previsto constitucionalmente no Art. 78.

Salienta-se ainda que estes dois casos, não se pode confundir com caso fortuito ou força maior, visto que são atos administrativos, que direta ou indiretamente influem na prestação do serviço público por força da supremacia do interesse público sobre o privado, não sendo atitudes humanas que podem atrapalhar a conduta do usuário bem como do próprio concessionário ou eventos naturais que na maioria das vezes conseguem ser captados.

4.1.3 Alteração unilateral do contrato

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado confere a Administração à possibilidade de modificar o contrato público sem anuência do particular, porém essa hipótese não é ilimitada, conforme Edmir Netto Araújo *apud* Di Pietro (2017)

[...] esse poder da Administração não tem a extensão que, à primeira vista, pode aparentar, pois ele é delimitado por dois princípios básicos que não pode o Poder Público desconhecer ou infringir, quando for exercitar a faculdade de alterar: a variação do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (ARAÚJO *apud* DI PIETRO, p. 323, 2017)

Previsto em Lei, estes dois princípios são basilares quando houver solicitação de alteração contratual, possuindo limite de alterações conforme o Art. 65, §§ 1º e 4º da Lei 8.666/93, pois assim poderia contratar uma modalidade de serviço público, e posteriormente alterar o objeto, os valores de cobrança, trazendo uma insegurança a esses contratos, sem possibilidade do mesmo contrato firmado, se assemelhar ao objeto final da prestação.

Essa possibilidade de alteração dos contratos torna-os flexíveis e sujeitos a essas modificações, mas somente para beneficiar o interesse público, pois caso uma alteração feita pelo Estado que não traga benefícios, e a devida correção contratual não for feita, poderá caracterizar inadimplemento contratual, devendo sempre cumprir com suas obrigações (DI PIETRO, 2017).

4.1.4 Álea Econômica

Todos os riscos e acontecimentos que foram supracitados, como influenciadores da concessão de serviço público tem arcabouço em conduta ou relação direta com a atividade pública, porém, a chamada teoria da imprevisão, que segundo a doutrina mais recente chama de álea econômica, existe a possibilidade do próprio mercado suscitar a alteração do contrato por aumento ou baixa de algum produto.

Este risco pode ser explicado no momento que se entende o tempo em que fora celebrado o contrato, pois a partir daí começa-se a entender quais os valores que foram estipulados para gerar lucros aos particulares sem gerar um enriquecimento ilícito. A teoria

em questão busca mitigar efetivamente os riscos, onde o particular não se onere suprindo aquilo que lhe afeta, mas sim o Estado assumir parte do dano, como todo contrato comutativo.

As variações econômicas influenciam diretamente na prestação do serviço, os materiais passam por uma alteração de preços ou os métodos como eles serão efetivados, de modo que implicam em uma circunstância prejudicial para todas as partes, inclusive para os usuários, que a partir do momento que não são oferecidas condições dignas das tarifas que são cobradas, o particular não possui patrimônio para atualizar os bens, os serviços ou até mesmo os funcionários, pois precisa tirar o lucro, ensejando que a população reclame da disponibilização do serviço.

Di Pietro (2017) explica ainda que as exigências que surgem após os fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém com consequências não mensuráveis retardam ou impedirão a execução dos contratos conceituando-as como áleas econômicas extraordinárias ou externas ao contrato.

4.1.4.1 Álea econômica ordinária

As alterações econômicas podem ser tanto prevista no início do contrato como imprevisíveis, e cada uma delas possui um reflexo comum que é alteração do contrato, porém, com aplicabilidade distinta e métodos para aplicação que se diferem por excelência.

A álea econômica ordinária em regra possui valores aproximados de quanto poderá influenciar direta ou indiretamente na prestação do serviço, onde a revisão contratual passa a ser programada, ou seja, quando celebra-se o contrato, à margem de lucro calculada também será em cima daquilo que foi previsto, de modo que em determinada época da prestação da concessão, às partes se reúnem para auferir se aquilo que foi previsto inicialmente se concretizou e se foi com a magnitude imaginada, para assim, rever valores caso haja uma mutação contratual não esperada, tendo como exemplo a inflação que anualmente diminui o poder de compras dos consumidores.

4.1.4.2 Álea econômica extraordinária: teoria da imprevisão

Quando existir uma modificação que torne excessivamente onerosa ao particular o Estado deve assumir uma atitude protecionista justamente para promover a justiça dos contratos, de modo que justificaria a teoria da imprevisão,:

[..] pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão, constituem álea ordinária, não suportável pela Administração. Além disso, tem que ser fato estranho à vontade das partes: se decorrer da vontade do particular, responde sozinho pelas consequências de seu ato; se decorrer da vontade da Administração, cai-se nas regras

referentes à alea administrativa (alteração unilateral e teoria do fato do príncipe) (DI PIETRO, p. 329, 2017).

Diante disso, deve-se entender que acima de tudo, por mais que não se consiga prever todas as possibilidades de influência no contrato, o papel de fiscalizador do concessionário, do Estado e até mesmo do usuário, possui papel determinante para que a atualização dos contratos e destreza na prestação seja sustentada, pois nessa relação tripla, todos devem sair ganhando.

Os chamados fatos imprevistos ou força maior são distintos a álea econômica pelo fato de ambas serem externas ao contrato de forma que prejudica a sua execução, impede que a mesma aconteça, uma impossibilidade absoluta de dar sequência a esse contrato (DI PIETRO, 2017). Com esse entendimento, aqueles fatos que existiam à época do contrato, mas que não surtiam consequências ou sequer sabiam da existência também podem suscitar a revisão contratual, nos mesmo moldes já explicitados, por possuir aplicabilidade igual ou semelhante a estes.

Segundo Perez (p. 212, 2006):

Há uma multiplicidade de fatores a provocar esses desequilíbrios e problemas de execução, dos quais são exemplos: a ausência de regulação ou a regulação indevida do serviço prestado; a interferência de interesses políticos paroquiais no curso das concessões ou na fixação de tarifas; as deficiências de planejamento do serviço concedido, como a falta do correto dimensionamento da demanda, dos investimentos em universalização de modernização e, em função disso, do prazo contratual; a superveniência de condições socioeconômicas imprevistas ou de proporção incalculável; e a incúria ou má administração dos serviços pelos concessionários (PEREZ, p. 212, 2006).

Neste sentido, os riscos supracitados mostram as irregularidades do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que não vem sendo zelado regularmente, ao passo que o concessionário não receberá os valores propostos na celebração do contrato, ou então receberá a menor e em conjunto ou alternadamente a Administração Pública, não terá bons produtos ou boas obras para serem usufruídas por toda a sociedade.

4.2 A jurisprudência brasileira para revisão da equação econômico-financeira dos contratos

Na atual conjuntura da sociedade, sabe-se que o Judiciário assumiu um importante papel no que toca a efetivação das políticas públicas e efetividade de vários atos administrativos ou então na supressão de lacunas quando o legislativo foi omissivo ou não. Nesse sentido, os Tribunais se posicionam de maneira que a onerosidade trazida pelo contrato,

não possa trazer prejuízos às concessionárias ou então ao poder concedente, como no julgado abaixo:

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. Mirassol Serviço de água e esgoto. Tarifa. Proibição liminar de cobrança da tarifa contratada. - 1. Concessão de serviço público. Tarifa. Não configura abuso o realinhamento da tarifa ao valor do serviço, ainda que a elevação supere a variação inflacionária do período. - 2. Fundo de Saneamento. Não subsiste a declaração de ilegalidade do Fundo de Saneamento e condenação à restituição, não pedidas na inicial. Julgamento extra petita. - Apelo do Ministério Público desprovido. Apelo da Sanessol não conhecido. Apelo da Enops e da Prefeitura providos.

(TJ-SP - APL: 994093737691 SP, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 22/11/2010, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/12/2010)

Com esta decisão, percebe-se que os valores devem ser repassados ao usuário de modo que a prestação não seja apenas onerosa ao concessionário, mas sim também lucrativa para que a empresa continue com seus trabalhos no mercado financeiro. Em decisão recente editada pelo Superior Tribunal de Justiça, podemos entender no mesmo sentido, de que o repasse de alguns helicópteros em uma época onde o dólar tinha uma valorização menor do que a atual, cabe totalmente a preservação com a devida indenização para o concessionário, sendo levado em consideração a cláusula de preservação da relação econômica financeira para ambas as partes.

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO E ADITIVO PARA FORNECIMENTO DE SEIS HELICÓPTEROS PARA A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. PREÇO AJUSTADO EM MOEDA NACIONAL (REAL). VENCEDORA CONTRATANTE QUE NECESSITAVA IMPORTAR AS AERONAVES PAGANDO EM MOEDA ESTRANGEIRA (DÓLAR). DESVALORIZAÇÃO DO CÂMBIO OCORRIDA EM JANEIRO DE 1999. TEORIA DA IMPREVISÃO. ÁLEA EXTRAORDINÁRIA CONFIGURADA. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ART. 65, II, 'D', DA LEI Nº 8.666/93. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO DA EMPRESA PARTICULAR PROVIDO. 1. Em consonância com o estabelecido no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que garante a manutenção das condições efetivas da proposta de contrato celebrado com a Administração, a Lei de Licitações prevê a possibilidade de revisão contratual com o fito de preservação da equação econômica da avença, podendo essa correção, dentre outras premissas, advir da teoria da imprevisão, a teor do disposto no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93. 2. De outro lado, os contratos que tenham por objeto a prestação de serviço firmados em real e executados no exterior, eventualmente submetidos a variação cambial significativa e inesperada, são passíveis de repactuação, conforme previsão do art. 65, inciso II, d, da Lei 8.666/1993, caso constatada a oneração excessiva, com o rompimento da equação econômico-financeira firmada. 3. No caso concreto, a empresa autora, ora recorrente, requer indenização pecuniária, mediante a revisão de contrato administrativo para o fornecimento de helicópteros (por ela entregues) destinados ao serviço de remoção de vítimas de acidentes, resgates e operações especiais do Departamento da Polícia Rodoviária Federal, com preço originariamente fixado em moeda nacional (real), ante a alegada quebra da equação econômico-financeira, decorrente da forte desvalorização da moeda brasileira frente ao dólar, fenômeno ocorrido em janeiro de 1999, como consequência da mudança de política cambial então implementada pelo Banco Central. 4. Uma vez demonstrado que as aeronaves necessitavam ser adquiridas pela licitante vencedora no exterior, com o desembolso em dólar realizado logo após a mencionada e drástica alteração da política cambial (passando-se do sistema de bandas para o de livre flutuação do dólar), fato esse que,

à época, não poderia ser previsto e que acabou por onerar sobremaneira a empresa recorrente, configurada resulta a álea econômica extraordinária e extracontratual de que trata o art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, legitimando a indenização por ela pleiteada. 5. Como já decidido por esta Primeira Turma do STJ no RMS 15.154/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 19/11/2002, "O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes". 6. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1433434 DF 2011/0163895-7, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 20/02/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2018)

Consequente a essas decisões, entende-se que em regra, quando forem alteradas essas cláusulas de forma unilateral pelo Poder Público, as alterações lógicas dos contratos não são feitas do ofício, pelo mesmo, ferindo assim um dos Princípios que regula os atos administrativos, o da proporcionalidade, já que serão gastos mais materiais e mão de obra, a remuneração proporcionalmente deve aumentar. Assim, o Poder Judiciário tutela esses direitos quando provocado.

Os tribunais desse modo possuem entendimento parecido, de modo que todas as modificações sejam para beneficiar os concessionários, já que apenas para eles recaem o ônus extraordinários ou aqueles que foram gerados direta ou indiretamente pelo Estado.

Mais uma vez, a oneração perfaz-se por uma omissão do poder concedente, ou seja, se a fiscalização do Estado fosse eficaz, nas hipóteses que foram levadas a juízo, poderiam ter agilizado a atualização do contrato e diminuir o fluxo de ações perante o judiciário, para que os magistrados apenas reafirmassem aquilo que já está disponível em Lei, tal qual este julgado em Minas Gerais, tendo como relatora a Desembargadora Albergaria Costa posicionando-se pelo reajuste com os índices da poupança para que os prejuízos sejam reestabelecidos, tal qual consta no voto:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS ADICIONAIS. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. RESTABELECIMENTO. NECESSIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. A manutenção da equação econômico-financeira do contrato administrativo independe de previsão expressa no instrumento contratual, pois sua gênese tem lugar no próprio texto da Constituição (CR/88, art. 37, XXI). Demonstrada a oneração da execução do contrato em razão de omissão da autoridade pública contratante, fica configurado o fato do príncipe (álea administrativa). As dívidas da Fazenda devem ser corrigidas com base nos índices que reflitam a inflação acumulada do período e os juros de mora devem ser equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança. Recurso conhecido e provido. (TJ-MG - AC: 10713150001889001 MG, Relator: Albergaria Costa, Data de Julgamento: 16/08/2017, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/09/2017).

Em outro tribunal, é necessária a explicação de que causa posteriores a execução de contrato, mesmo que não haja previsão contratual de reajuste, as modificações devem ser

feitas para que a equação econômico-financeira dos contratos seja sempre permanente, ou seja, não permitindo que o preço permaneça fixo, pois os valores necessários para poder fornecer o serviço sofrem alterações conforme a fluência do mercado nacional e interacional.

Veja-se:

Apelação cível. Contrato administrativo. Prestação de serviços de manutenção do sistema de abastecimento de água. Restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Reajuste. Cabimento. Pedido contraposto em contrarrazões. Não conhecimento. A equação econômico-financeira do contrato administrativo corresponde ao equilíbrio entre a atividade contratada e o encargo financeiro correspondente. Tal postulado propicia a revisão, a repactuação ou o reajuste dos encargos pactuados, desde que, em virtude de acontecimentos posteriores à celebração, o seu cumprimento torne-se excessivamente oneroso para uma das partes, nos termos da Lei 8.666/93. Contrato assinado com previsão expressa de cláusula de reajuste, o que gera a presunção de que o preço não é fixo. (Apelação, Processo nº 0011615-44.2013.822.0001, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Cível, Relator (a) do Acórdão: Des. Raduan Miguel Filho, Data de julgamento: 23/11/2016)

(TJ-RO - APL: 00116154420138220001 RO 0011615-44.2013.822.0001, Relator: Desembargador Raduan Miguel Filho, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 06/12/2016.)

Cabe ainda destacar a necessária prerrogativa que o Estado tem de rever as cláusulas contratuais unilateralmente, de modo que os prejuízos elencados durante a prestação do serviço não fossem assumidos por nenhuma das partes e outras formas de diminuição dos encargos fossem encontradas.

Como poder concedente, possui responsabilidade civil referente a condutas que implicaram na disfunção da equação econômico-financeira dos contratos bem como falta de fiscalização da execução do contrato, bem como daquilo que não fora devidamente previsto, acarretando em prejuízos maiores à Administração, conforme posição jurisprudencial, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL ADMINISTRATIVO SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGAÇÃO A TERCEIROS LICITAÇÃO PRÉVIA CF, ART. 175 VÍNCULO CONTRATUAL EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA ROMPIMENTO ERRO NA FASE INTERNA DO CERTAME QUALIFICAÇÃO EQUIVOCADA DA MÃO DE OBRA RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO DELEGANTE - RECONHECIMENTO JUDICIAL RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO INICIAL RECURSO PROVIDO. 1) Quando o Estado decide delegar a terceiros a prestação dos serviços legalmente categorizados como públicos, mediante regular procedimento licitatório, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, uma vez proclamado o resultado do certame e formado o equivalente vínculo contratual, constitui-se a denominada equação econômico-financeira do ajuste, assim entendida como a relação de equivalência entre as obrigações assumidas pela apelante e a compensação econômica que lhe corresponderia em razão do cumprimento de tais obrigações, a ser mantida durante toda a execução do contrato, ainda quando fundada em erro da Administração. 2) Evidenciado o manifesto erro de projeto do Município apelado a repercutir, de modo deletério, na economia do contrato administrativo firmado com a apelante, transformando-o em instrumento prestante para o locupletamento daquele às expensas desta, impõe-se o dever de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, mediante a adequada indenização. 3) O ente estatal, competente para estabelecer unilateralmente, de acordo com seus

critérios de conveniência e oportunidade, as regras editalícias, é quem deve ser responsabilizado pelo eventual desacerto delas, consoante autorizado magistério doutrinário. 4) No caso vertente, o equívoco do Município na qualificação da força de trabalho necessária para executar o objeto da prestação, rompeu a equação econômico-financeira do contrato, majorando em 50% (cinquenta por cento) o custo da mão de obra estipulada no edital, obrigando a contratada a arcar com um dispêndio não previsto no momento da contratação. 5) Rompida a estabilidade econômico-financeira ulteriormente à formação do vínculo, em virtude do reconhecimento judicial de erro do Município apelado na formatação das condições da outorga, impondo-se a recomposição do patrimônio da apelante, no propósito de salvaguardar a expressão econômica da contraprestação financeira que a levou a prestar um serviço público, sob pena de legitimar a imperícia administrativa, autorizando a expropriação do patrimônio privado da apelante. 6) Recurso conhecido e provido.

(TJ-ES - APL: 00258247020128080024, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Data de Julgamento: 10/07/2018, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/07/2018)

Neste diapasão, critica-se inteiramente o posicionamento estatal diante dos reajustes para manutenção da referida cláusula, visto que a justiça dos contratos é acima de tudo um dever público, onde o Estado deve prover em todas as possibilidades, de modo que nenhuma das partes possa enriquecer-se por torpeza alheia ou lesão e menos ainda possam ser prejudicadas.

A fiscalização nos contratos de concessão de serviço público e moralidade durante a atividade mostram-se como a principal saída para evitar que o reajuste da margem de lucro do particular se faça apenas judicialmente, pois mesmo que não esteja explícito no contrato, a revisão das tarifas, em regra, preserva a equação econômico-financeira bem como faz com que os riscos sejam alocados de maneira igualitária. Deve, portanto, ser suscitada de ofício, pois consolida posição da Constituição Federal de 1988, onde os valores pactuados no início das concessões não tenham mudança significativa sem o ajuste que lhes é determinado.

5 CONCLUSÃO

Na primeira parte do trabalho temos um breve relatório sobre o que é o serviço público no direito brasileiro. Pode-se concluir que este instituto, possui um grande arcabouço para ser analisado com algumas discussões sobre ele. Neste diapasão, os serviços públicos modificaram-se, de modo que a alocação dos riscos tornou-se cada vez mais necessária para que a equação econômica financeira dos contratos fosse preservada.

Preliminarmente, buscou-se entender os diferentes conceitos trazidos pela doutrina para definir o que é serviço público, pois os autores possuem uma ideia parecida, mas cada um com conceitos analíticos e outros subjetivos, acabam por dividir o seu posicionamento. Não obstante, a própria Constituição Federal trouxe em alguns de seus artigos definirem o instituto, dentre eles o Art. 175.

Além disso, buscou-se acima de tudo detalhar toda a classificação dos serviços públicos, visto que mais uma vez doutrinariamente, pode ser esmiuçado em vários ramos, dentre eles a sua utilização, seus Princípios, formas de fiscalização, novos tipos de serviços públicos e dentre eles o comumente utilizado, a concessão de serviços públicos.

Na segunda parte do trabalho, a proposta da concessão se mostra junto com seus conceitos previstos e elaborados em outras leis complementares neste ordenamento jurídico. Permite-se inferir a partir disso que no arcabouço com vários princípios e interpretação sistemática da Constituição, sobretudo quanto aos princípios da segurança jurídica e eficiência, além da menção na lei de concessões e na jurisprudência.

Este último contrato acontece quando o Estado delega a execução de um serviço a um terceiro, sendo na hipótese do destinatário ser um particular, este em regra será remunerado pelo usuário desse serviço através de tarifas, ou em alguns casos específicos pela própria Administração, limitando a sua contribuição, conforme texto legal.

Além de outros requisitos específicos para esta matéria, um requisito primordial para esses contratos é a equação econômica financeira, responsável por manter a justiça dos contratos, pois ao acontecer algo que não estava previsto a época da formalização do acordo, pode ser suscitado que novos valores sejam repactuados, para a margem de lucro do particular não ser afetada e não ensejar em uma futura ação de reparação civil.

Desse modo analisam-se também os riscos, os valores de amortização, a possibilidade de lucro do particular durante a execução, valores com pessoal, prazo e acima de tudo como o controle pode ser efetivado pelo Estado que possui a prerrogativa de acompanhar o passo a passo de cada etapa dos serviços.

É necessário também, destacar o *compliance* a relação dos usuários com os concessionários para que possam ser encaixados como direito do consumidor, ou seja, podem propor ações de reparação, se aquele serviço não for prestado com responsabilidade, já que a prestação está sendo feita mediante remuneração que vem direto da população por meios de seus impostos.

Conjuntamente o Princípio da Transparência é de necessária aplicação para que conforme o princípio constitucional da publicidade possa ser questionado pelos particulares, já que ao receber verba pública, também deve ser elucidado como estão os seus gastos e se não estão utilizando apenas para desvio de verba pública e corrupção.

Durante a execução, se a equação for quebrada, conclui-se também que existem outras possibilidades de reajuste, sem ser a judicial, como fontes alternativas de receita ou até mesmo, se previsto no contrato, a possibilidades de um aumento gradual nas tarifas, desde que respeitado a atualização dos serviços, capacitação dos funcionários para melhorar o atendimento, e sempre beneficiar o usuário, já que este é o foco do respectivo serviço.

Já na terceira parte do trabalho busca-se finalizar ao demonstrar quais as hipóteses de alterações que interferem direta e indiretamente na concessão de serviço público, como os fatos da administração, fato do príncipe e as áleas econômicas ordinárias e extraordinárias, como a teoria da imprevisão com fatos não previstos regularmente.

As jurisprudências mostram-se corroborantes a revisão dos contratos, pois o concessionário não pode assumir integralmente os ônus do serviço, pois o executa em nome da Administração devendo nesse caso compartilhar estes adventos se os mesmos não foram previstos anteriormente no contrato, sendo assim a fiscalização por parte do Estado como a principal possibilidade de mitigar os riscos, já que ao constatar irregularidades para algumas das partes, deve suscitar revisão e atribuir justiça conforme a previsão na Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 25. Ed. Re. E atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. Ed. rev. E atual. - São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2005. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 05 de set. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 134, n. 248, 13 fev 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 06 de set. 2018

BRASIL. Lei nº 9.491, de 11 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm>. Acesso em: 07 de set. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11107.htm>. Acesso em: 12 de set. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 dez 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 10 de set. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.673, de 05 de junho de 2018. Altera as Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 9.472, de 16 de julho de 1997, para tornar obrigatória a divulgação de tabela com a evolução do valor da tarifa e do preço praticados pelas concessionárias e prestadoras de serviços públicos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13673.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **REsp: 1433434 DF 2011/0163895-7**, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 20/02/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2018. JusBrasil. 2018. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/558756873/recurso-especial-resp-1433434-df-2011-0163895-7?ref=serp>>. Acesso em: 17 de out. 2018.

BRASÍLIA, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

CARVALHO, Daniel Bulha de. **A equidade na alocação dos riscos em concessões de serviços públicos**. In: Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/daniel-bulha-alocacao-riscos-concessao-servicos-publicos>>. Acesso em: 30 de ago. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. 31. Ed. Ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. Ed. Ver. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1088pp.; 24 cm

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. TJ-ES - **APL: 00258247020128080024**, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Data de Julgamento: 10/07/2018, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/07/2018. JusBrasil. 2018. Disponível em:<<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/605853028/apelacao-apl-258247020128080024?ref=serp>>. Acesso em: 10 de out. 2018

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A REGULAÇÃO E AS LISTAS TELEFÔNICAS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, agosto/setembro/outubro, 2009. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-FERNANDO-VERNALHA.pdf>>. Acesso em: 25 de set. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MATTOS, Luís Felipe Ferreira Klem de. **Revista Eletrônica do Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 39, agosto/setembro/outubro, 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-39-AGOSTO-2014-LUIS-FELIPPE-MATTOS.pdf>>. Acesso em: 09 de set. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. Ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. TJ-MG - **AC: 10713150001889001** MG, Relator: Albergaria Costa, Data de Julgamento: 16/08/2017, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/09/2017. JusBrasil. 2017. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/498349625/apelacao-civel-ac-10713150001889001-mg?ref=serp>>. Acesso em: 12 de out. 2018.

PEREZ, Marcos Augusto. **O Risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PINHEIRO, Jessica Cristina Pereira Borges. **Alocação dos riscos nas concessões de serviço público e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro**. / Jessica Cristina Pereira Borges Pinheiro. São Luís, 2014. 104f. Orientador (a): Profª. Dr. Leonardo Valles Bento. Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito - Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, 2014.

Rondônia. Tribunal de Justiça. TJ-RO - **APL: 00116154420138220001 RO 0011615-44.2013.822.0001**, Relator: Desembargador Raduan Miguel Filho, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 06/12/2016. JusBrasil. 2016. Disponível em: < <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/413796963/apelacao-apl-116154420138220001-ro-0011615-4420138220001?ref=serp>>. Acesso em: 12 de out. 2018

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. TJ-SP - **APL: 994093737691 SP**, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 22/11/2010, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/12/2010). JusBrasil. 2010. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17673438/apelacao-apl-994093737691-sp?ref=serp>>. Acesso em: 15 de out. 2018

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Lei obriga informação sobre evolução de preços dos serviços públicos**. In: Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-25/direito-civil-atual-lei-obriga-informacao-evolucao-precos-servicos-publicos>>. Acesso em: 10 de out. de 2018.