

ano 13 - n. 54 | outubro/dezembro - 2013
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos

Vitor Rhein Schirato

Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. LL.M. em Direito Administrativo Econômico pela Universidade de Osnabrück, Alemanha. Secretário Acadêmico do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU). Advogado em São Paulo.

Resumo: O objetivo do estudo é apresentar algumas considerações sobre a estrutura de preservação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público, com a distinção das ideias de revisão e reajuste tarifário.

Palavras-chave: Concessão de serviços públicos. Política tarifária. Revisão e reajuste tarifário.

Sumário: **1** Introdução – **2** A prestação dos serviços públicos e sua remuneração – **3** Reajuste e revisão das tarifas de prestação – **4** Conclusão – Referências

1 Introdução

As concessões de serviços públicos no Brasil passam, nos dias atuais, por um novo teste. Após uma bem-sucedida retomada de sua utilização para prestação dos serviços públicos à população, promovida com a construção de uma estrutura regulatória destinada a lhe prover solidez, verifica-se a aproximação das nuvens escuras do descumprimento contratual, com a imposição de obrigações unilateralmente pelo Poder Concedente, sem a necessária garantia de contraprestação em favor do concessionário.

Como é cediço, a concessão de serviço público é um instrumento *consensual* (não consensual na fixação de seu conteúdo, mas na formação de sua existência jurídica) por meio do qual o poder concedente *contrata* com particular a prestação de um certo serviço público de acordo com termos e condições previamente pactuados. É dizer, por meio da concessão de serviços públicos, público e privado

convêm sobre os termos e condições para que o privado preste um serviço público em nome e lugar do público.

Quando da celebração do vínculo concessório há verdadeiro liame obrigacional bilateral, oneroso e sinalagmático, de forma que as obrigações assumidas pelo particular em relação à prestação dos serviços concedidos são contrabalançadas por um direito de remuneração pago pelos usuários diretamente (concessões comuns), pelo Poder Público (concessões administrativas) ou por ambos em quinhões previamente fixados (concessões patrocinadas).

Esta lógica há que ser preservada durante toda a existência do vínculo contratual. O valor que é atribuído ao particular para a prestação dos serviços concedidos não poderá ser alterado — para mais ou para menos — se não houver uma alteração correspondente no plexo de obrigações que lhe é imposto.

Exatamente por esta razão, os contratos de concessão de serviços públicos estão sujeitos a duas formas diferentes de alteração: revisão e reajuste. Se a primeira é a análise da preservação da correspondência entre direitos e obrigações originalmente assinalados, a segunda é a simples recomposição do poder de compra da moeda, em razão de efeitos inflacionários. Ambos, porém, têm o mesmo objetivo: assegurar que a remuneração do privado fixada originalmente não será alterada ao longo da vigência do vínculo concessório.

Ocorre, contudo, que equívocos do setor público na formulação das políticas públicas de prestação dos serviços públicos têm causado uma distorção desta lógica. Em função da má organização da oferta dos serviços públicos, vem sendo comum o descumprimento contratual para negar o direito ao reajuste, como se este fosse um ato discricionário do poder concedente, a fim de se preservar os valores pagos pelos cidadãos. O objeto contratado pelo setor público, segundo suas diretrizes, às vezes não se mostra adequado para satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos e, por esta razão, são negados direitos basilares aos concessionários privados sob o pálio da defesa dos interesses do usuário.

E pior. Os órgãos de controle, ao invés de se preocuparem com as diretrizes de prestação dos serviços à população (como o serviço é organizado e quais os parâmetros de qualidade da oferta), pretende impedir o cumprimento de cláusulas contratuais, para evitar a oneração da população. Vale uma lógica distorcida de se pagar pouco por um serviço ruim e não uma lógica de se exigir qualidade dos serviços públicos ofertados.

Como resultado de tudo isso, o particular que contratou de boa-fé com a Administração Pública acaba prejudicado. Sua remuneração, fixada de acordo com os ônus impostos pelo contrato de concessão, é reduzida por falhas do setor público em organizar a prestação de um serviço de qualidade para a população.

Diante deste cenário, o objetivo do presente estudo é divisar claramente os elementos de uma concessão de serviços públicos, elencando o que é decorrente de uma política pública formada pelo Estado e o que é direito subjetivo do concessionário que não pode ser suprimido. Assim, terei como objetivo estabelecer que, uma vez formado um vínculo contratual para a concessão de um serviço público, este deve ser cumprido, de forma que eventuais alterações apenas possam ser feitas por meio do instituto da revisão com o restabelecimento do equilíbrio entre direitos e obrigações do concessionário.

2 A prestação dos serviços públicos e sua remuneração

Embora a noção de serviço público seja das mais controvertidas do Direito Administrativo, é possível, sem qualquer chance de erro, entender que seu substrato, desde os primórdios de sua construção no direito francês,¹ refere-se a *atividades essenciais que devem ser prestadas pelo Estado à população, ou, no mínimo, ter sua prestação garantida pelo Estado.*²

Esse substrato não se refere a uma simples convenção, ou entendimento meramente doutrinário. Tem expresso amparo constitucional em nossa ordem jurídica. Isso ocorre, pois o art. 175 da Constituição Federal é inequívoco em afirmar que os serviços públicos têm que ser prestados pelo Estado, diretamente ou por meio de concessão ou permissão.³ Isto é, o Estado é obrigado a oferecer a atividade à população, ou, no mínimo, garantir sua prestação.

Dessas notas introdutórias, é possível extrair que os serviços públicos não são qualquer atividade. São atividades essenciais; tão essenciais que sua prestação corresponde a uma *obrigação jurídica* imposta ao Estado pelo texto constitucional.

¹ Em consonância com a clássica definição de Léon Duguit, serviço público é “toda atividade que deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, porque sua realização é indispensável para a realização e o desenvolvimento da interdependência social e porque, por sua natureza, não pode ser realizada completamente sem a intervenção da força governamental” (Cf. *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 61, tradução nossa).

² De nossa parte, tivemos a oportunidade de definir serviços públicos como “obrigações positivas impostas ao Estado pela ordem jurídica com a finalidade de satisfazer direitos fundamentais que exigem do Estado uma atuação positiva e material na ordem econômica para prestar determinado serviço ou, no mínimo, garantir sua prestação” (Cf. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, p. 137).

³ Dispõe referida norma (*in verbis*): “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

Com isso, independente de conjunturas fáticas, políticas ou sociais, aquelas atividades consideradas pelo ordenamento jurídico serviços públicos têm que ter sua prestação garantida pelo Estado, seja por meio de sua direta exploração por um ente estatal, seja por meio da delegação a terceiros, sob o controle do Poder Público.

Assim é que os serviços públicos devem ser sustentáveis. A falta de sustentabilidade poderia implicar prejuízos à oferta da atividade à coletividade e, portanto, o descumprimento de uma obrigação jurídica imposta pela Constituição. Essa sustentabilidade, no atual contexto de desenvolvimento do Estado e da sociedade, poderá advir de vários modelos de prestação, que constituem um leque de opções do Estado para organizar e prestar os serviços públicos.

Há, em primeiro lugar, a possibilidade de prestação dos serviços públicos com custos integralmente suportados por recursos orçamentários, sem ônus algum para os usuários diretos da atividade. São os casos em que o Estado assume a prestação direta da atividade e arca com os custos necessários a seu oferecimento à coletividade a partir da utilização de seus recursos orçamentários gerais (por exemplo, como ocorre em muitos casos com os serviços públicos de coleta de resíduos sólidos), ou, ainda, mais recentemente, os casos em que o Estado delega a prestação de um determinado serviço público por meio de uma *concessão administrativa*,⁴ incumbindo-se de remunerar integralmente o particular delegatário com recursos orçamentários.

Em segundo lugar, há a possibilidade de os serviços públicos serem custeados diretamente por seus usuários, *por meio do recolhimento de taxas*⁵ ou tarifas devidas pela fruição dos serviços. Nessa hipótese, os recursos orçamentários do Estado são preservados e podem ser destinados a outras atividades estatais, eis que os custos necessários à oferta e à efetiva prestação de um serviço público são integralmente suportados diretamente pelos usuários, quando da efetiva fruição do serviço. Note-se que nesta modalidade de custeio dos serviços públicos, como em qualquer outra, os serviços poderão ser prestados diretamente pelo Estado, ou por um delegatário, que fará jus ao recebimento das tarifas pagas pelos usuários.

⁴ O §2º do art. 2º da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, define concessões administrativas como (*in verbis*): “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

⁵ As taxas são tributos devidos pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, nos termos do art. 145, inciso II, da Constituição Federal. Como as taxas não são cabíveis em caso de serviços públicos concedidos, em razão de seus requisitos de cobrança e instituição, não me deterei em sua análise, com a finalidade de manter o foco no objeto deste parecer.

Por fim, em terceiro e último lugar, os serviços públicos podem contar com um mecanismo de custeio híbrido, que congregue recursos orçamentários e pagamentos diretos, efetuados pelos usuários quando da fruição da atividade. Esta hipótese é cabível para os casos em que não é conveniente fazer com que o usuário arque com a totalidade dos recursos necessários à oferta e à prestação dos serviços, tendo em vista o dever de preservação da *modicidade tarifária* (cujos contornos jurídicos explicarei mais adiante nesta manifestação) e, ao mesmo tempo, não se faz necessário que o Estado suporte exclusivamente com todos os custos. No direito brasileiro, essa modalidade híbrida de financiamento dos serviços públicos poderá ser implantada tanto por meio de subsídios tarifários⁶ quanto por meio de contraprestações públicas pecuniárias, em projetos de *concessões patrocinadas*.⁷

Pois bem. Diante dessas considerações, pode-se verificar que o comando constitucional do art. 175 pode ser cumprido por diversas maneiras, sendo certo que a escolha por uma, por outra ou pela última dependerá de um *juízo discricionário do Estado*. Isto ocorre, pois na definição da forma de prestação e da forma de remuneração dos serviços públicos, o Estado deverá proceder a uma análise das condições de oferta dos serviços, da capacidade de pagamento dos usuários e das possibilidades sociais e fáticas de recolhimento de valores dos usuários da atividade. A partir dessa análise, o Estado deverá escolher se arcará diretamente com os custos da prestação de determinado serviço público, se transferirá esses custos integralmente para os usuários, ou se compartilhará esses custos com os usuários, em proporções definidas conforme as particularidades de cada caso.⁸

⁶ A noção de subsídio tarifário é extremamente ampla. Há subsídios internos e externos. Os internos são os que provêm do próprio sistema, sem o aporte de recursos externos, por meio do pagamento a maior por determinada classe de usuários para subsidiar a prestação a outra classe menos abastada. De outro turno, os subsídios externos são aqueles que provêm de fontes externas aos serviços, como pagamentos aportados pelo Poder Público, com recursos orçamentários. Sobre o tema, confira-se o nosso *Livre iniciativa nos serviços públicos*, p. 263 *et seq.*

⁷ O §1º do art. 2º da Lei Federal nº 11.079/2004 define concessões patrocinadas como (*in verbis*): “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

⁸ Aqui é importante mencionar que a discricionariedade do Estado encontra algumas limitações, pois determinados serviços públicos, notadamente aqueles chamados de “serviços públicos sociais” (saúde e educação), somente podem ser delegados aos particulares por meio de concessões administrativas, com os custos integralmente arcados pelo Estado. Em casos como esses, a discricionariedade do Estado resume-se apenas à escolha de prestação direta ou por meio de concessão do serviço e não à sua forma de remuneração.

O encontro da opção mais conveniente e oportuna não é tarefa simples. Dependerá de uma série de variáveis, cujas manifestações dão-se de forma muito distinta em cada serviço público que venha a ser analisado. Há casos em que o serviço poderá, sem qualquer complicação adicional, ser integralmente remunerado exclusivamente pelo usuário (como ocorre com os serviços de telecomunicações, por exemplo). Há casos, no outro extremo, em que a remuneração direta pelos usuários é muito difícil, dadas as condições de prestação dos serviços (como ocorre com os já mencionados serviços de coleta de resíduos, por exemplo). Por fim, há casos em que não há uma forma clara e definitiva, dependendo a definição de uma série de análises a serem realizadas pelo Estado.

A razão da complexidade decorre exatamente dos deveres inerentes à prestação dos serviços públicos. Como dito, os serviços públicos são atividades essenciais e, por conta disso, sua prestação deve ser revestida de algumas características específicas, as quais, como tivemos já a oportunidade de anotar em estudo anterior, são consubstanciadas em três obrigações inerentes à ideia de serviço público: universalidade, continuidade e modicidade tarifária.⁹

De forma muito resumida, tem-se que a universalidade refere-se a duas exigências fundamentais dos serviços públicos: a exigência de oferta da atividade para a maior quantidade possível de usuários dentro de um determinado limite geográfico e a necessidade de oferta da atividade para todas as classes socioeconômicas, sem qualquer exclusão em decorrência da capacidade financeira dos usuários.

Por sua vez, a continuidade refere-se à obrigação de prestação ininterrupta e regular dos serviços públicos, de forma que sua oferta à população não possa ser suspensa injustificadamente e não possa ser desregular, a fim de desguarnecer aqueles que demandam a fruição do serviço. Os serviços públicos devem ser oferecidos de acordo com as necessidades da coletividade, sem interrupções e suspensões.

Por fim, no que se refere à obrigação de modicidade tarifária, que nada mais é do que um desdobramento da vertente socioeconômica da obrigação de universalidade, tem-se a obrigação de se cobrar pela fruição dos serviços públicos *a tarifa mais módica possível*. Todavia, a definição do que possa ser considerado *a tarifa mais módica possível* não é simples.

A prestação dos serviços públicos tem custos (como exatamente aqui se debate). Esses custos não se referem somente à efetiva oferta da atividade

⁹ Cf. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, p. 241 et seq.

diariamente à coletividade. Incluem outras muitas despesas que são impostas aos prestadores de serviços públicos (independente de serem estatais ou privados), como as despesas incorridas com a atualidade da prestação (renovação de equipamento, incorporação de novas tecnologias, melhorias etc.), a universalização (quanto mais extensa a prestação dos serviços, mais custosa ela será), os custos de capital (investimentos, como é de conhecimento público, custam dinheiro), os custos operacionais, entre muitos outros.

Destarte, não se pode imaginar que a remuneração devida pela prestação de um determinado serviço público tenha que ter o menor valor possível, desconsiderando-se tudo o que é necessário para garantir a oferta da atividade à coletividade. Exatamente por esta razão, assentamos que a definição de modicidade tarifária deverá decorrer de um **exame de proporcionalidade** entre a prestação dos serviços e os custos necessários para tanto, de forma que *a definição de tarifa módica deve ser o menor custo possível para permitir a cobertura integral de todos os custos incorridos com a prestação do serviço público*.¹⁰

Por conseguinte, a definição da melhor forma de remuneração de um determinado serviço público não é nem uma escolha meramente matemática, nem tampouco uma escolha exclusivamente política.¹¹ É uma escolha que dependerá de uma combinação de ambos, pois uma escolha meramente matemática poderá alijar da fruição de um serviço público determinada camada de usuários, ao passo que uma escolha meramente política poderá inviabilizar a prestação, por não cobrir adequadamente seus custos.

Uma vez realizada a análise dos custos necessários para a prestação adequada de um serviço público (considerando-se, evidentemente, todos os investimentos necessários para essa prestação), deve o Poder Público eleger qual a forma mais eficiente para sua remuneração. Se a remuneração exclusiva pelos usuários for conveniente e puder ser aceitável da perspectiva socioeconômica, poderá ser uma opção viável. Caso não seja conveniente por não ser viável do ponto de vista socioeconômico, deverá haver o aporte de recursos públicos, total ou parcial, conforme uma escolha estatal, baseada na conveniência de distribuir por toda a sociedade, total ou parcialmente, os custos de oferta de um determinado serviço público.

¹⁰ Cf. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, p. 260.

¹¹ Como muito propriamente menciona Jacintho Arruda Câmara, a fixação dos valores das tarifas de serviços públicos dependerá sempre de *políticas públicas*, pois deverá refletir uma escolha estatal para a melhor e mais eficiente forma de prestação da atividade (Cf. *Tarifa nas concessões*, p. 68).

Todas essas considerações demonstram que a opção do Poder Público na definição da forma de remuneração de um determinado serviço público *é uma opção discricionária, conforme seja conveniente e oportuno para encontrar o cenário mais eficiente de prestação de um serviço público.*

Todavia, a margem de discricionariedade de que goza o Estado na definição da forma de remuneração de um determinado serviço público **esgota-se no momento em que uma decisão é tomada, a partir do encontro da forma mais eficiente.** A partir do momento em que o Estado define que um determinado serviço público será remunerado exclusivamente com recursos públicos, exclusivamente pelos usuários ou por meio de mecanismos híbridos que contemplem recursos públicos e tarifas pagas pelos usuários, *não há mais escolhas discricionárias.* Há que ser preservado o modelo escolhido, *na forma como escolhido.*

Qualquer alteração que venha a ser procedida com relação ao modelo remuneratório determinado, **não poderá trazer qualquer prejuízo à remuneração da atividade.** Isto é, caso se implante qualquer alteração na forma de remuneração de um serviço público, **todos os custos incorridos com a sua prestação deverão permanecer integralmente cobertos,** sob pena de abalar a sustentabilidade da prestação do serviço e, via de consequência, o próprio serviço.

É bem verdade que os serviços públicos são mutáveis e sujeitos a evoluções demandadas pelos interesses da coletividade.¹² Todavia, qualquer alteração que venha a ser realizada que tenha reflexos no modelo de remuneração deverá preservar os *direitos já constituídos* por atos jurídicos perfeitos. Nada há na teoria e na essência dos serviços públicos que justifique a lesão a direitos decorrentes de atos jurídicos perfeitos.

Nesse diapasão, o sistema de remuneração dos serviços públicos poderá sofrer alterações. Contudo, essas alterações não podem impactar o dever de sustentabilidade e, por consequência, o dever de cobertura integral de todos os custos incorridos e muito menos poderão afetar direitos constituídos por atos jurídicos perfeitos.

Se essas considerações aplicam-se integralmente para os casos em que a prestação se dá diretamente pelo Estado, eis que não é lícito ao Poder Público

¹² Consoante colocação de Stéphane Braconnier, "os serviços públicos não são criados de maneira imutável. Como nascem para a necessária satisfação do interesse geral, por essência evolutivo, os serviços públicos devem estar em medida para se adaptar a tal evolução, conforme determina o princípio da adaptabilidade ou mutabilidade dos serviços públicos" (Cf. *Droit des Services Publics*, p. 319-320, tradução nossa).

dispor dos recursos públicos conforme seus mandos e desmandos,¹³ **mais ainda se aplicam para os casos em que haja uma delegação da atividade para particulares, por meio de concessões ou permissões.**

A razão é muito simples: quando o Poder Público opta por delegar, por meio de concessão ou permissão, um determinado serviço público, transfere ao particular um conjunto de riscos e obrigações inerentes à atividade delegada e, em contraprestação, confere ao delegatário o direito a auferir uma remuneração, que deverá ser necessária para, a um só tempo: (i) cobrir os custos operacionais da atividade; (ii) cumprir as obrigações contratuais de universalização e atualização; e (iii) garantir o retorno ao concessionário dos valores investidos na prestação do serviço concedido (tanto recursos próprios, quanto de terceiros).

Daí decorre que o modelo de remuneração escolhido pelo Poder Público e refletido em uma concessão de serviços públicos **é uma garantia posta em favor do concessionário**, que não poderá ser modificada. O *quantum* assegurado ao concessionário pela assunção da atividade (e pelos riscos a ela inerentes *transferidos contratualmente*)¹⁴ **deve ser preservado durante toda a vigência do contrato** por expressa determinação constitucional (inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, *in fine*).

Nas concessões de serviços públicos, o Poder Público se vale de uma parceria com um particular para o desempenho de uma função pública (*i.e.*, cumprimento de uma obrigação imposta ao Estado). Essa parceria é consubstanciada em um *contrato administrativo*, instrumento que vincula não apenas o particular que assume um plexo de obrigações, como também o Estado, que delega a atividade e assegura um conjunto de direitos em contrapartida das obrigações assumidas pelo concessionário.

Sendo assim, no momento que se define a forma de remuneração de um determinado serviço público e se opta pela prestação indireta deste serviço por meio de concessão ou permissão, **não há mais qualquer espaço para alteração da forma de remuneração escolhida**, eis que, além de ser, teoricamente, a mais

¹³ A afirmação é devida ao fato de que o Estado é gestor dos recursos públicos, impondo-se-lhe a obrigação de usar esses recursos da forma mais eficiente e econômica possível, o que interdita a adoção de qualquer política pública irresponsável na remuneração dos serviços públicos.

¹⁴ Como muito bem pontua Floriano de Azevedo Marques Neto, a noção de que a concessão de serviços públicos implica a prestação dos serviços *por conta e risco* do concessionário não é verdadeira. Apenas parcela dos riscos é transferida ao concessionário, conforme expressamente elencados e arrolados no instrumento de delegação (Cf. *Concessão de serviço público em ônus para o usuário*. In: WAGNER JÚNIOR. *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, p. 345).

eficiente para a prestação do serviço, ela criará um **direito em favor do particular delegatário** que não poderá ser desconsiderado.

É um princípio basilar de qualquer estrutura contratual (inclusive, evidentemente, dos contratos administrativos e, mais especificamente, dos contratos de concessão)¹⁵ a noção de que, quando formada, por consenso, uma determinada relação contratual, apenas por consenso se pode alterá-la. Embora haja no contrato administrativo algumas peculiaridades, nunca foi objeto de questionamento que as cláusulas de remuneração são consensuais, jamais podendo ser objeto de alteração unilateral por uma das partes.¹⁶

Nesse trilhar, verifica-se, de forma clara, que uma relação jurídica contratual formada para a concessão de um determinado serviço público tendo como pressuposto uma estrutura de remuneração **não poderá ser alterada (e, por óbvio, desconsiderada) por uma das partes**. Qualquer alteração deverá ser consensual e deverá, *sempre*, preservar a estrutura de remuneração integral da prestação do serviço concedido, de forma a garantir sua contínua oferta aos usuários.

Além de ser da essência de um contrato, as afirmações precedentes têm amparo claro, expresso e inequívoco na Constituição Federal (o já mencionado inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal) e na legislação de concessões de serviços públicos (arts. 9 e 10 da Lei nº 8.987/95). Nos termos destes dispositivos, o equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos deve ser preservado por toda a vigência do respectivo contrato. Por conseguinte, **a relação entre ônus e direitos contemplados nos contratos de concessão de serviços públicos deve ser preservada durante toda a existência do vínculo contratual**, não sendo admitida qualquer ação do poder concedente que possa colocar em risco o equilíbrio entre direitos e obrigações do concessionário.

Dessa forma, é possível concluir que os serviços públicos devem ter um sistema de remuneração que garanta sua continuidade e sua universalidade, o qual deve ser, ao mesmo tempo, tão módica quanto possível para os usuários. A partir disso, cabe ao Poder Público definir se a remuneração dos serviços públicos

¹⁵ Fernando Dias Menezes de Almeida, com extrema propriedade, comenta o caráter essencial que o consenso desempenha na formação do vínculo contratual, de forma que a relação jurídica consentida pelo particular no momento da contratação com a Administração Pública será vinculante não apenas ao particular, como também, por óbvio, à Administração Pública (Cf. *Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro*, f. 278).

¹⁶ Neste sentido, confira-se o clássico estudo de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica*, p. 200 et seq.).

será proveniente de recursos orçamentários, de tarifas pagas pelos usuários ou de um modelo híbrido. Uma vez feita a escolha, ela deverá ser mantida, **sobretudo nos casos em que haja a delegação por meio de concessão ou permissão**, de forma a garantir os direitos criados em favor do concessionário e, assim, garantir a preservação da atividade.

3 Reajuste e revisão das tarifas de prestação

Na linha das considerações apresentadas na seção anterior é necessário dar um passo além. Não apenas o *sistema* de remuneração de um determinado serviço público deve ser mantido após sua criação, como também *o valor da remuneração devida ao prestador deve ser preservado*. Quer-se dizer com isso que não apenas é interdito ao Estado alterar, unilateralmente, o modelo remuneratório de um serviço público, como também *lhe é interdito causar qualquer alteração nos valores atribuídos ao prestador da atividade*.

As concessões de serviços públicos são avenças de longo prazo. Durante esse prazo, diversas situações podem ocorrer e prejudicar o equilíbrio entre prestação e contraprestação originalmente firmado. Algumas dessas situações são corriqueiras e podem facilmente ser previstas (por exemplo, perda do poder de compra da moeda) e outras situações não podem ser previstas ou, embora possam ser previstas, não podem ter suas consequências mensuradas. Em qualquer caso, contudo, poderá, ao longo do prazo de uma concessão de serviços públicos, ocorrer uma redução da remuneração a que jaz jus o prestador, por circunstâncias alheias a seu controle, o que, por evidente, pode pôr em risco a continuidade da prestação da atividade.¹⁷

É exatamente desse traço das concessões de serviços públicos que decorre a própria noção de contrato administrativo. Como demonstra Fernando Menezes Dias de Almeida, a partir do momento em que se passou a utilizar a natureza contratual para a delegação de atividades típicas do Estado (*i.e.*, serviço público), foi necessário amoldar-se uma nova estrutura para os contratos, eis que o instrumento típico do direito civil não poderia ser utilizado por pressupor a igualdade de condições entre as partes. Com isso, foi desenvolvido um instrumento no qual não há, reconhecidamente, igualdade entre as partes, eis que uma das partes é o Estado e o objeto do instrumento é a prestação de uma função pública, mas, como

¹⁷ Cf. MOREIRA. *Direito das concessões de serviço público*, p. 354-355.

contrapartida, foi assegurada a uma das partes (o particular) a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro da avença.¹⁸

Verifica-se, pois, que exatamente por conta das concessões de serviço público foi criada a teoria do contrato administrativo, fundada em dois elementos essenciais e contrapostos: de um lado a desigualdade entre as partes, com uma supremacia em favor do Estado, e, de outro, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do particular.

Essa teoria, como já citada brevemente acima, foi *tout cours* recepcionada e integrada no direito brasileiro (ainda que possa ser objeto de atenuações em curso). Desde a própria Constituição Federal (inciso XXI do art. 37), até a legislação infraconstitucional regente da matéria de contratos administrativos (de forma genérica, o art. 65 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, e, de forma específica para as concessões de serviços públicos, os arts. 9º e 10 da Lei nº 8.987/95), todos os diplomas normativos aplicáveis às mais variadas espécies de contratos administrativos, com alguma modulação, contemplam *a necessidade de preservação de seu equilíbrio econômico-financeiro*.

Em linhas muito gerais, essa necessidade implica que a relação entre direitos e obrigações (*i.e.*, entre ônus e benefícios) firmada inicialmente em um contrato administrativo deve ser preservada durante toda a existência da avença, devendo ser garantida ao particular que contrata com a Administração Pública a inalterabilidade de sua remuneração. Esta dá-se tanto por meio da impossibilidade de aumento de sua carga de obrigação sem as necessárias contraprestações, quanto por meio da proteção do particular contra quaisquer fatos, previsíveis ou imprevisíveis, que possam, de alguma forma, ter impactos negativos sobre sua remuneração.

Assim é que, no caso dos contratos administrativos, o particular é protegido contra todos os fatos alheios a seu controle que venham a causar a quebra do equilíbrio entre ônus e benefícios originalmente estabelecido e que não configurem riscos expressamente assumidos pelo particular. Especificamente no caso das concessões de serviços públicos, o concessionário é protegido contra quaisquer eventos que façam com que a prestação dos serviços concedidos possa ser mais onerosa do que o originalmente determinado.

Isso ocorre porque, nas concessões de serviços públicos, a avença é originalmente fixada tendo em conta um valor necessário para a prestação dos

¹⁸ Cf. ALMEIDA. *Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro*, p. 117 *et seq.*

serviços públicos concedidos *de acordo com as exigências do poder concedente*.¹⁹ Assim, o concessionário obriga-se a garantir a oferta da atividade à coletividade de acordo com as exigências fixadas pelo Estado *em função de uma determinada remuneração que lhe é garantia na relação jurídica*. Qualquer fator que possa fazer com que a prestação dos serviços concedidos custe mais do que originalmente fixado dará ensejo à alteração da remuneração fixada para o particular.

Exatamente essa é a realidade adotada e abraçada pela legislação regente das concessões de serviços públicos. Além da própria Constituição Federal, a Lei Federal nº 8.987/95 expressamente determina, em uma série de dispositivos, que a remuneração do concessionário deve ser preservada durante toda a vigência da concessão, de forma a garantir o equilíbrio econômico-financeiro da relação firmada. É assim que referida norma, entre outros comandos: (i) determina que a tarifa deve ser *preservada* (art. 10, *caput*); (ii) protege o concessionário contra impactos de natureza tributária (art. 10, §3º); (iii) impede sua redução por atos unilaterais do poder concedente (art. 10, §4º); e (iv) determina que os editais de licitação e os contratos de concessão devem conter cláusulas sobre critérios de *reajuste* e *revisão* (art. 18, inciso VIII, e art. 23, inciso IV).

Nesse diapasão, tem-se, por disposição expressa de lei, que remuneração de um concessionário de serviço deve ser preservada contra qualquer alteração que possa ocorrer ao longo do prazo da concessão, seja uma alteração previsível, seja uma alteração imprevisível (ou previsível, mas com consequências incalculáveis). Exatamente por isso a lei prevê os conceitos de *revisão* e *reajuste* das tarifas devidas ao concessionário, pois que são mecanismos destinados a preservar a remuneração devida ao concessionário em um e em outro caso.

Embora sejam conceitos muito próximos e destinados a um único fim (preservar o equilíbrio econômico-financeiro da avença), *reajuste* e *revisão* são instrumentos muito distintos. As distinções existentes entre eles incidem sobre a aplicabilidade de cada um, seus procedimentos e a postura que deve o administrador público tomar em cada qual.

Seguindo as abalizadas lições de Egon Bockmann Moreira, *reajuste tarifário* diz com “alterações nominais que visam preservar o valor nominal da tarifa em

¹⁹ Aqui é necessário uma vez mais manifestar minha concordância com Floriano de Azevedo Marques Neto, quando o autor menciona que o traço das concessões de serviços públicos que as diferencia das simples empreitadas de serviço é a transferência da *gestão* dos serviços ao particular, que se incumbirá de prestá-los de acordo com as exigências e os parâmetros fixados pelo Estado, mas segundo sua metodologia (Cf. *Concessão de serviço público em ônus para o usuário*, p. 344).

vista do fenômeno inflacionário".²⁰ Quer-se dizer com isso que o reajuste tarifário destina-se apenas e tão somente a preservar o poder de compra do valor da tarifa, diante da natural desvalorização da moeda devida ao processo inflacionário.

A razão de ser do reajuste é muito simples: ao longo do período de uma concessão, os custos em que incorre o concessionário para oferecer a atividade para a coletividade podem aumentar sem a ocorrência de qualquer fato extraordinário. Esses aumentos, por evidente, têm reflexos nos custos do serviço e, portanto, devem ser repassados aos usuários, com vistas a preservar o equilíbrio entre os custos e os ganhos do concessionário firmado no momento em que se estabelece o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, o reajuste destina-se simplesmente a recompor no valor da tarifa o aumento dos custos incorridos pelo concessionário para a prestação do serviço.

Por meio do reajuste, realiza-se operação muito simples de transpor para a realidade econômica de um contrato de concessão os aumentos dos custos necessários para a oferta da atividade ocorridos no mundo externo, em razão do fenômeno inflacionário. Para a realização dessa operação, aplica-se ao valor da tarifa um determinado índice de inflação ou fórmula paramétrica²¹ predefinido, considerado o mais apto a capturar os aumentos dos custos incorridos com a prestação dos serviços. Em consonância com o disposto no art. 18, inciso VIII, e no art. 23, inciso IV, da Lei nº 8.987/95, esse índice ou essa fórmula paramétrica devem estar previstos previamente no edital de licitação e no contrato de concessão.

Concordando integralmente Rafael Wallbach Schwind:

*O reajuste, portanto, não altera a tarifa, mas apenas o valor que a exprime. Como persistem os mesmos elementos levados em conta para o delineamento do equilíbrio da concessão, há apenas uma alteração nominal da tarifa para acompanhar na mesma proporção a modificação nominal dos encargos retratada por um índice de inflação ou pela aplicação da fórmula de reajuste prevista contratualmente.*²²

Sendo assim, tem-se que campo de incidência do reajuste tarifário é muito claro: recompor, segundo um critério predefinido, o valor de compra da tarifa,

²⁰ Cf. MOREIRA. *Direito das concessões de serviço público*, p. 356.

²¹ Importante ressaltar que a escolha não é aleatória. A opção por índice ou fórmula depende da matriz de custos de um determinado serviço. Se essa matriz for mais fortemente influenciada pela inflação ou por outras fontes refletidas por um índice já existente, deverá haver a adoção de índice. Caso haja a influência de custos específicos, com pesos específicos, deverá haver uma fórmula paramétrica que contemple os custos mais apropriados para refletir a realidade do serviço prestado.

²² SCHWIND. *Remuneração do concessionário*, p. 130, grifos nossos.

incorporando a esta os aumentos de custos sofridos pelo concessionário em função de processos inflacionários. *A estrutura e o valor efetivo real da tarifa não se alteram.*

De forma distinta, a revisão tarifária é mais complexa. Destina-se a promover uma *reestruturação da estrutura da tarifa*, em virtude da ocorrência de algum fato imprevisível (ou previsível, mas de consequências incalculáveis) que modifique o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Ao contrário do que ocorre com relação ao reajuste, a revisão, sim, **altera o valor real e a forma de determinação da tarifa**, com a finalidade de estabelecer uma nova metodologia capaz de restabelecer o equilíbrio entre direitos e encargos suportados pelo concessionário.

A revisão tarifária tem cabimento a qualquer tempo, desde que verificada a ocorrência de um fato imprevisível (ou, novamente, previsível, mas de efeitos incalculáveis) que tenha impactos sobre o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, ou seja, que altere o cenário existente quando da formação do vínculo contratual. Note-se que esse fato imprevisível não poderá ser decorrente da ação do próprio concessionário, nem tampouco da verificação de risco expressamente assumido pelo concessionário nos termos do contrato de concessão.

Ainda, a revisão tarifária poderá ser realizada em certa periodicidade determinada pelo contrato de concessão com a finalidade de verificar se, com o passar do tempo, a relação entre encargos e benefícios foi mantida ou alterada. Contudo, a revisão jamais será realizada da mesma forma que o reajuste, eis que a análise procedida com a revisão é muito mais ampla e profunda do que a realizada com o reajuste. Não se trata de simplesmente aplicar ao valor da tarifa uma fórmula paramétrica ou um índice de inflação predefinido. Trata-se de uma extensa repactuação que se destina a analisar toda a estrutura de encargos e direitos existente em uma concessão de serviços públicos.

Assim é que, caso, por questão de conveniência e oportunidade, seja verificado que a remuneração apenas por tarifas pagas pelos usuários não deve ser mantida em função de aumentos expressivos decorrentes dos reajustes tarifários (pela ocorrência de qualquer fato superveniente, como um aumento extraordinário de custos), caberá ao poder concedente prever mecanismos adicionais de remuneração ao concessionário, de forma que a relação entre direitos e obrigações deste seja a todo tempo preservada.

Dessas distinções quanto ao campo de incidência do reajuste e da revisão decorrerão importantíssimas distinções quanto ao procedimento e à postura do poder concedente no caso de um e no caso de outro.

Em primeiro lugar, há que se mencionar que o reajuste é *procedimento automático, que deve ser simplesmente **homologado pelo poder concedente***.²³ No reajuste, não se faz qualquer análise quanto à estrutura da tarifa ou sua suficiência para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. *Parte-se da presunção de que a tarifa é suficiente para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, sendo apenas necessário atualizá-la em função das alterações nos custos incorridos pelo concessionário.*

O procedimento é muito simplificado, eis que não há provas a serem produzidas.²⁴ Há apenas a apresentação de cálculos que devem refletir um *acordo anterior (ou, melhor colocando, uma **decisão administrativa anterior**)*²⁵ e, portanto, ter sua aplicação direta e efetiva sobre o valor da tarifa.

Não há qualquer juízo discricionário ou de apreciação por parte do poder concedente nos procedimentos de reajuste. Trata-se de direito subjetivo do concessionário, que apenas poderá ser questionado pelo poder concedente, caso apresente alguma disparidade na realização dos cálculos previstos no contrato de concessão. Não havendo qualquer equívoco do concessionário na realização dos cálculos, não há outra atitude possível do poder concedente

²³ Neste ponto, manifesto minha concordância com Romeu Felipe Bacellar Filho no sentido de que a homologação sequer necessária seria se o instrumento contratual já contivesse a previsão completa da forma e dos procedimentos para reajuste e a Administração se quedasse inerte. Nas palavras do autor: “Como a Administração Pública está submissa ao princípio da legalidade, ao direito subjetivo corresponderá um ato administrativo vinculado, criando-se uma expectativa cognitiva por parte do cidadão. Aqui, o silêncio da Administração deve adquirir um sentido positivo, ou seja implicar concordância porque não há alternativa para o poder público a não ser a de praticar o ato administrativo nos moldes previstos em lei. O silêncio deve ganhar conotação positiva quando a verificação dos pressupostos de fato não estiver sujeita a um exame discricionário. Mesmo porque, nessas situações, se a Administração Pública não pratica o ato, Poder Judiciário, substituindo-a no exame dos pressupostos de fato, pode possibilitar o exercício do direito. Cite-se o exemplo de um contrato de concessão, que prevê a possibilidade de o concessionário calcular o reajuste da tarifa, sujeita à homologação posterior do poder concedente. Nessa situação, se o poder público mantém-se inativo, deve-se pressupor a lisura do cálculo. Logo para que a Administração reveja o cálculo realizado pelo concessionário, deverá provar que o reajuste aplicado é incorreto ou inválido. O silêncio — ausência de homologação — não implica negação do direito ao reajuste da tarifa e sim anuência. Isto acarretará uma inversão do ônus da prova tanto em sede administrativa quando judicial. Em qualquer situação, para a revisão do reajuste aplicado pela concessionária, a Administração deverá provar vício nos pressupostos de fato” (Cf. *Direito administrativo e o Novo Código Civil*, p. 138-139).

²⁴ Nesse sentido, vide REsp nº 821.008/MG, relatado pelo Ministro José Delgado e julgado em 22 de agosto de 2006, em que o Superior Tribunal de Justiça não deixa dúvidas do caráter meramente homologatório do reajuste tarifário. Além deste, há inúmeras outras decisões no mesmo sentido que respaldam os entendimentos aqui esposados.

²⁵ Diz-se aqui decisão administrativa porque é uma decisão da própria Administração Pública a forma de reajuste. O particular apenas aquiesce com a fórmula determinada.

que não seja a homologação do novo valor nominal da tarifa, eis que é ação estritamente vinculada.²⁶

De maneira distinta, o procedimento de revisão tarifária é muito mais complexo, seja na revisão ordinária (com prazo predeterminado para ocorrer) ou na extraordinária (ocorrida a qualquer tempo, em razão da ocorrência de um fato extraordinário). Isso ocorre, pois, na revisão, o concessionário (ou o poder concedente) tem que **provar** a ocorrência de fatos extraordinários e, ainda, **provar** os efeitos desses fatos sobre a estrutura tarifária. Não se trata simplesmente de realizar cálculos matemáticos. Trata-se de demonstrar a ocorrência de alguma circunstância especial e imprevisível e seus impactos sobre o equilíbrio econômico-financeiro.

Por esta razão, a postura que cabe ao poder concedente nos processos de revisão tarifária é muito mais complexa do que aquela aplicável ao reajuste. Enquanto neste não há outra atitude que não seja **homologar** os cálculos realizados corretamente, naquele caberá ao poder concedente emitir um juízo de aceitação ou rejeição (sempre de forma fundamentada, por óbvio) do pleito apresentado e, ainda, um juízo sobre a *forma* de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, se for caso de ter sido comprovado um rompimento da relação original.²⁷

Desta forma, é possível concluir que o equilíbrio econômico-financeiro de uma concessão de serviço público é intangível e deve ser preservado durante toda a vigência do contrato. Essa preservação, além de proteger a confiança legítima do concessionário, **protege, sobretudo, a prestação do serviço de acordo com os parâmetros exigidos pelo poder concedente**. Contudo, as formas de preservação do equilíbrio econômico-financeiro variam conforme a situação a ser enfrentada.²⁸

Quando o equilíbrio econômico-financeiro for ameaçado pela perda do poder aquisitivo da moeda, verificado pelo aumento dos custos incorridos pelo

²⁶ Novamente, valendo-me das palavras de Rafael Wallbach Schwind, "o concessionário apresenta esse cálculo ao poder concedente, que deve homologá-lo se estiver de acordo com as bases contratuais, ou determinar sua correção caso haja algum erro. Trata-se, assim, de procedimento bastante simplificado, que independe de juízos de conveniência ou da produção de dados pelas partes" (Cf. *Remuneração do concessionário*, p. 131).

²⁷ Sobre o tema, uma vez mais confira-se: SCHWIND. *Remuneração do concessionário*, p. 131-132.

²⁸ Sem qualquer prejuízo, é óbvio que reajuste e revisão podem ser concentrados em uma mesma ação conduzida pelo poder concedente. Explico-me: se, ao período do reajuste de um contrato de concessão, houver um desequilíbrio causado pela defasagem da fórmula de reajuste ou pela alteração do escopo de atuação do concessionário, poderá haver um processo de revisão que embuta também o reajuste de acordo com os novos paradigmas eventualmente fixados.

concessionário para a prestação do serviço em função de processos inflacionários, deverá haver **reajuste tarifário**, com base em índice geral ou fórmula paramétrica previamente definidos. Nessa hipótese, não há qualquer ação cabível ao poder concedente que não seja **homologar** os cálculos realizados corretamente de acordo com o contrato de concessão.

De outro bordo, quando o equilíbrio econômico-financeiro for ameaçado pela ocorrência de fatos imprevisíveis (ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis), haverá o caso de **revisão contratual**. Nessa hipótese, haverá um processo administrativo específico, no qual deverá ter lugar extensa fase probatória. Ao poder concedente, quando do fim do processo, caberá aceitar ou não a revisão (conforme se comprove ou não um desequilíbrio na relação contratual) e, ainda, decidir, conforme seja o caso, sobre a forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

4 Conclusão

O objetivo do presente estudo foi apresentar algumas considerações sobre o sistema de remuneração dos serviços públicos e seu grau de vinculação em relação às partes envolvidas (concessionário, concedente, usuários e demais interessados). Ao optar por garantir a oferta de um serviço público por meio de concessão, o poder concedente impõe ao concessionário um considerável plexo de obrigações, que não podem ser descumpridas por ação comissiva ou omissiva do concessionário. Por conseguinte, o poder concedente também não poderá descumprir suas obrigações. O que não poderia ser mais óbvio em função da estrutura contratual da concessão de serviço público.

Assim é que o valor pactuado para oferta da atividade dentro dos parâmetros exigidos pelo poder concedente não pode ser reduzido sem uma correspondente revisão das obrigações impostas ao concessionário. Qualquer alteração que implique aumento de custos do concessionário (seja decorrente de fatores corriqueiros e previsíveis, seja decorrente de fatores extraordinários e imprevisíveis) deve ser neutralizada pelo aumento de sua remuneração, seja por meio de recomposição do valor de compra do valor nominal da tarifa (reajuste), seja por meio de uma repactuação mais profunda que reveja a relação entre direitos e obrigações (revisão).

O sistema pactuado de reajuste tarifário é, por óbvio, mandatário, não podendo ser descumprido por qualquer das partes. É equivocado imaginar que possa haver um interesse público no descumprimento de uma cláusula contratual.

Caso haja um interesse público em se rever o valor pago pelos usuários para a realização de uma determinada política pública, isto há que se dar por meio da revisão que requalifique a relação entre direitos e obrigações, jamais pela inaplicação do reajuste.

The Readjustment of Tariffs in the Concession of Public Services

Abstract: The scope of this essay is to present a brief overview related to the financial and economic structure of the concessions of public service specifically in respect of the difference between revision and readjustment of tariffs.

Key words: Concession of public services. Remuneration policies. Revision and readjustment of tariffs.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro*. Tese (Livre-Docência)–Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica*, Rio de Janeiro, 1995.

BRACONNIER, Stéphane. *Droit des Services Publics*. 2^e éd. Paris: PUF, 2007.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3^e éd. Paris: De Boccard, 1928. t. II.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público em ônus para o usuário. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. Malheiros: São Paulo, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHIRATO, Vitor Rhein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 149-168, out./dez. 2013.

Recebido em: 04.11.2012

Aprovado em: 24.08.2013