

ESTUDO

**A FORMATAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E SEUS
RESPECTIVOS ADITAMENTOS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO COMUM
E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DE MUNICÍPIOS VINCULADOS À
ARES-PCJ**

SOLICITANTE

ARES-PCJ

Contrato n. 25/2016

Ordem de Serviço de 01 de março de 2018

PROFESSOR RESPONSÁVEL

Thiago Marrara

Professor de direito administrativo da Universidade de São Paulo (USP) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Livre-docente (USP). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Editor da Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA). Advogado-consultor inscrito na OAB/SP sob o n. 280.490.

JUNHO DE 2018

SUMÁRIO

1	Contextualização do estudo solicitado.....	3
2	PARTE I: lógica e mecanismos de modificação contratual	5
2.1	Rigidez e mutabilidade contratual	5
2.2	Mutabilidade e técnicas de reequilíbrio nas concessões	9
2.3	As técnicas de reequilíbrio não tarifário	13
2.4	Revisão: entre a razoabilidade e a política de saneamento.....	16
3	PARTE II: limites de alteração e prorrogação	19
3.1	Aspectos introdutórios	19
3.2	A flexibilidade da modificação das concessões comuns	20
3.3	O prazo das concessões e sua prorrogação	25
3.4	O regime das parcerias público-privada	28
3.5	O regime dos contratos instrumentais	30
3.6	Grau de incidência dos art. 65 e 57 da Lei 8.666 às concessões	36
4	Respostas	42

EMENTA

CONCESSÃO – GRAU DE MUTABILIDADE E RIGIDEZ DO REGIME JURÍDICO – REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – ADOÇÃO DE TÉCNICAS NÃO TARIFÁRIAS – RESPEITO À RAZOABILIDADE E ÀS DIRETRIZES DAS POLÍTICAS SETORIAIS – REGIME DA MODIFICAÇÃO CONTRATUAL E DA PRORROGAÇÃO – FLEXIBILIDADE DO REGIME JURÍDICO DA CONCESSÃO E DA PPP – RIGIDEZ DO REGIME DOS CONTRATOS INSTRUMENTAIS PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES – INTERPRETAÇÃO DO ART. 124 DA LEI DE LICITAÇÕES – REQUISITOS DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE SUAS NORMAS AOS MÓDULOS CONCESSÓRIOS: COMPROVAÇÃO DE LACUNA E OBSERVÂNCIA DA REGRA DA PERTINÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE LIMITES DE VALORES PARA MODIFICAÇÃO CONTRATUAL E DE NORMAS DE DURAÇÃO DE CONTRATOS INSTRUMENTAIS A CONCESSÕES E PPP – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS SOBRE PRORROGAÇÃO CONTRATUAL.

1 Contextualização do estudo solicitado

O presente estudo foi elaborado com suporte na Ordem de Serviço de 01 de março de 2018, pela qual a ARES-PCJ (Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, consórcio intermunicipal com personalidade jurídica de direito público) solicita à FADEP (Fundação para o Desenvolvimento do Ensino e da Pesquisa do Direito, entidade de apoio à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP) subsídios legais, doutrinários e jurisprudenciais à resolução de duas indagações abaixo transcritas:

1 - Para os contratos de concessão (Lei Federal nº 8.987/1995) e parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/2004), aplicam-se as regras gerais da Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/1993) nas hipóteses de aditamentos, sendo obrigatório observar os limites de 25% do valor total do contrato para a prestação de serviços e de 50% para as obras?

2 - Como deve ser interpretado o art. 124 da Lei de Licitações e quais são os critérios gerais para se aplicar subsidiariamente uma norma relativa a contratos de prestação de serviços e de obras (da Lei nº 8.666) a contratos de concessão (regidos pela Lei nº 8.987) e parcerias público-privadas (disciplinadas pela Lei nº 11.079)?

A agência reguladora consultante, ARES-PCJ, constituída no modelo de consórcio público com personalidade de direito público interno, responde pela regulação de serviços de saneamento básico prestados a aproximadamente 7 (sete) milhões de habitantes em 54 (cinquenta e quatro) Municípios do Estado de São Paulo em linha com o art. 22, inciso IV, da Lei Federal nº 11.445/2007 e com seu Protocolo de Intenções (Contrato de Consórcio Público).

Nos 54 municípios abrangidos por suas atividades regulatórias, nota-se alta diversidade de modelos de prestação de serviços de saneamento. Em quatorze deles, os serviços são prestados por departamentos municipais, ou seja, órgãos da Administração Direta; em trinta, por autarquias municipais, pessoas jurídicas de direito público interno da Administração Indireta; em quatro, por empresas

públicas, pessoas jurídicas estatais de direito privado com capital integralmente público; e em onze Municípios, por meio de instrumentos de delegação de serviços, a saber: cinco contratos de concessão comum e seis contratos de parceria público-privada.

Nas situações em que a prestação é delegada a terceiros por meio de contratos de concessão comum (Lei nº 8.987/1995) ou de parceria público-privada (Lei nº 11.079/2004), a ARES assume o papel de examinar e determinar reajustes de tarifas/contraprestações e de conduzir os procedimentos administrativos de revisão tarifária ordinária (a cada quadriênio) e de revisão tarifária extraordinária (sempre que eventos imprevistos venham a ocasionar desequilíbrios contratuais de modo a exigir o recálculo dos custos de execução do serviço e, eventualmente, do preço cobrado dos usuários).

Dada a pluralidade de contratos sob sua ação regulatória e ao longo de seus vários anos de atuação, a ARES esclarece que muitas já foram as suas manifestações técnicas em pleitos dessa natureza. Em todas elas, a agência pauta e fundamenta suas decisões em laudos e pareceres especializados, termos e cláusulas dos respectivos contratos regulados e, ainda, na Resolução ARES-PCJ nº 70/2014, que disciplina a forma de condução dos procedimentos de revisão tarifária.

A despeito de sua reconhecida expertise, longa experiência e de se orientar por princípios gerais do direito público, é comum que entes regulados ou de controle levantem questionamentos sobre os procedimentos legais adotados nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro (notadamente sobre a necessidade de licitação para aditamento de contrato). Isso se deve, de um lado, a disputas de mercado pelos contratos administrativos de delegação de saneamento e, de outro, aos impactos econômicos de qualquer revisão ou reajuste tarifário para os cidadãos, para a sociedade e, reflexamente, às implicações políticas para seus governantes.

É nesse contexto que a ARES – buscando se assegurar da legalidade e eficiência de suas práticas regulatórias e aprimorá-las constantemente – solicita estudo técnico-jurídico com o objetivo de obter esclarecimentos acerca de aspectos obscuros e confusos da legislação brasileira de contratação pública. Em breve síntese, os questionamentos apresentados ao início e examinados nas linhas vindouras dizem respeito aos limites de alteração de contratos de concessão no setor regulado da ARES e à sujeição ou não desses contratos de longo prazo às normas

limitativas da Lei nº 8.666/1993, editada pelo Congresso Nacional para disciplinar outras espécies de contrato administrativo, a saber: os contratos de obras, de serviços e fornecimento de bens à Administração Pública, também conhecidos como módulos contratuais instrumentais.¹ Em última instância, trata-se de esclarecer quais são as condições para aplicação subsidiária das normas gerais de contratos da Lei nº 8.666 a contratos regidos pela Lei nº 8.987 (concessões comuns) e pela Lei nº 11.079 (parcerias público-privadas).

2 PARTE I: lógica e mecanismos de modificação contratual

2.1 Rigidez e mutabilidade contratual

A compreensão dos limites de modificação dos contratos de concessão e de parceria público-privada regulados pela consulente exige que se resgate, introdutoriamente, algumas características do modelo de contratação pública no Brasil e sua relação com princípios fundantes da Constituição federal.

A adoção de um Estado baseado na legalidade, na democracia e no ideal republicano, criado e sustentado pelo povo e a ele voltado, repele qualquer tipo de patrimonialismo na gestão pública. Como o Estado é de todos, não cabe ao governante decidir livremente quem se beneficiará quer dos cargos, empregos e funções, quer dos inúmeros contratos públicos e vultosos recursos que eles despejam no mercado, salvo em situações excepcionalíssimas previstas de maneira explícita na Constituição de 1988.

A obtenção de qualquer benefício estatal por pessoas físicas ou jurídicas decorrente do estabelecimento de relações jurídicas com o Estado pressupõe, assim, uma escolha prévia e racional do agente público, preparada dentro de processos transparentes e conduzidos à luz dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da eficiência. No modelo democrático e republicano, as escolhas estatais, sempre que gerarem benefício exclusivo a um ou outro, dependerão necessariamente desses processos decisórios para impedir que os agentes públicos, políticos ou

¹ Essa terminologia contemporânea dos contratos públicos e que divide, entre outros, os módulos concessórios, os módulos instrumentais e os módulos cooperativos, encontra suas raízes em MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012 – obra resultante de tese de livre-docência defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

administrativos, valham-se de sua posição e seus poderes para indevidamente prestigiar ou prejudicar alguns.

É nesse contexto que – após a consagração da administração burocrática, responsiva a vícios patrimonialistas enraizados – as técnicas de licitação ganharam espaço e respaldo jurídico amplo. Como processo seletivo padrão para a celebração de contratos de prazo determinado nos mais diversos setores da Administração Pública, a licitação nada mais é que um instrumento de contenção do poder e de racionalização das ações estatais de contratação para satisfação de necessidades de demanda ou de oferta.

Em sua essência, e a despeito de variações terminológicas que têm se disseminado pelo Brasil, a licitação cumpre três objetivos centrais:

- (i) Permitir que todos os agentes econômicos interessados concorram à celebração do contrato por meio de propostas individuais avaliadas objetivamente desde que eles cumpram requisitos formais e materiais prévios (habilitação e melhor classificação);
- (ii) Viabilizar que o contratante estatal, por reflexo, encontre a proposta mais vantajosa a satisfazer seus interesses – embora, vale registrar, nem sempre isso se torne possível diante da rigidez da legislação contratual; e
- (iii) Promover o desenvolvimento nacional sustentável, ou seja, a vantajosidade em termos ambientais, sociais e econômicos sob uma perspectiva transgeracional e que extrapola a mera consideração dos efeitos do contrato para o ente público que o celebra.

O julgamento objetivo dos agentes de mercado pelo modelo licitatório somente se torna possível quando, de antemão, algumas providências são tomadas pela Administração Pública na qualidade de contratante. Simplificadamente, a uma, ela necessita definir sua necessidade (de demandar ou ofertar, como dito) e como ela será satisfeita pelos agentes de mercado contratados. Daí a relevância prática da elaboração de projetos básicos, projetos executivos, termos de referência, minutas de contrato, e de outros documentos que acompanham o ato convocatório, bem como da regra geral de vinculação ao instrumento convocatório, garantidora de estabilidade e previsibilidade da relação jurídica contratual. A duas, é preciso que se defina de modo claro e impessoal que modalidade e que tipo

licitatório (ou seja, critério de julgamento), dentre os previstos na legislação, mostram-se adequados diante das peculiaridades do caso concreto e, portanto, serão escolhidos para comparar as propostas dos licitantes no intuito de se identificar a mais vantajosa.

Para decidir competir publicamente pela celebração de um contrato administrativo, como os contratos de concessão comum ou de PPP para a prestação de serviços de saneamento básico, os agentes de mercado dependerão, no mínimo, desses blocos de informações básicas (o que o Estado pretende contratar e como escolherá o contratado). Em outras palavras: nenhuma empresa poderá deliberar a respeito de sua participação em uma licitação sem conhecer previamente o objeto do contrato, as obrigações que eventualmente assumirá ao celebrá-lo, o procedimento e o critério de julgamento que a Administração Pública utilizará para examinar, habilitar e classificar sua proposta.

A partir disso resulta evidente que a licitação custa, e custa muito tanto o Estado quanto para as empresas que dela participam. Além disso, os contratos públicos são extremamente arriscados, sobretudo porque embutem poderes exorbitantes em favor do ente contratante e envolvem regimes de responsabilidade que colocam o agente de mercado em uma situação muito mais vulnerável que a existente nas relações típicas do direito privado. Por conseguinte, para um potencial licitante faz muita diferença saber previamente se, por exemplo, um Município abrirá uma concorrência para delegar serviços de saneamento prestados a 10 mil habitantes ou a 1 milhão, por 5 anos ou por 35 anos, com a previsão de receitas alternativas ou sem elas, com a exigência do emprego de tecnologias mais simples ou inovadoras.

As variações na definição do objeto, na modelagem contratual e na estruturação do processo licitatório afetam a decisão dos potenciais licitantes existentes no mercado relevante e, por conseguinte, ora aumentam, ora diminuem a competição entre eles pelo contrato público. Sob essas circunstâncias, configuraria no mínimo uma fraude à concorrência e um desrespeito ao princípio democrático e ao princípio da isonomia, moldar inicialmente a licitação de forma a evitar ou a reduzir a competição para, mais tarde, transformar por completo e sem qualquer motivo o contrato celebrado, seja em termos qualitativos ou quantitativos, seja em termos temporais, beneficiando-se de modo indevido o contratado.

De outra parte, porém, seria completamente prejudicial à garantia dos interesses públicos primários, aos direitos dos contratados e dos próprios usuários manter o contrato inicial rígido e imutável ao longo de sua execução frente ao dinamismo que marca a realidade. Quanto mais o contrato se estende no tempo, maior é sua sujeição às transformações da realidade e aos eventos que impactam negativa ou positivamente as obrigações nele contidas. Não é por outro motivo que os regimes jurídicos dos contratos de longo prazo e as leis que os disciplinam tendem a ser mais abertos, vagos e flexíveis que o regime e a legislação dos contratos de curto prazo ou de execução imediata.

Isso explica por que a mutabilidade, segundo Marçal Justen Filho, nasceu no âmbito das concessões de serviços, típicos contratos de longo prazo, expandindo-se posteriormente para a teoria dos contratos públicos em geral.² Segundo o autor, “a utilidade da licitação não pode acarretar a inutilidade da concessão: a invocação do respeito às condições originais não pode conduzir à manutenção de cláusulas inadequadas. Deve produzir-se a alteração necessária a assegurar a maior adequação possível dos serviços públicos objeto da concessão, ainda que isso importe alteração significativa das condições contempladas na licitação”.³

O grau de rigidez e mutabilidade sofre, como visto, influência da natureza e das características de cada ajuste. Em contratos de execução imediata, a mutabilidade é pouco recorrente e de menor relevância. Em contratos de longa duração, como as concessões, ela é essencial para tutela de interesses públicos primários e para a garantia de direitos do prestador e do usuário. O grande problema que se põe aos operadores do direito é delimitar o grau exato da rigidez/mutabilidade, já que a legislação não é tão clara a respeito, ocasionando diversas interpretações equivocadas quer pelo ente contratante, quer pelos órgãos de controle, como a tendente a aplicar as normas jurídicas construídas para um tipo de contrato a outro, de naturezas e funções completamente divergentes.

É nesse contexto que se situam as dúvidas trazidas pela consulente. Quais são os limites da mutabilidade contratual? Em que medida é possível alterar os

² Nesse sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009, p. 75.

³ Nesse sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009, p. 445.

contratos de delegação de serviços públicos de saneamento básico principalmente no intuito de se restabelecer o equilíbrio econômico financeiro originário? Em termos mais amplos e teóricos: como devem ser colmatadas as lacunas da legislação regente dos contratos de concessão comum e contratos de parceria público-privada nessa matéria? A lógica e os limites incidentes sobre os contratos instrumentais mais simples, regidos pela Lei n. 8.666/1993, é extensível aos módulos concessórios na falta de norma especial?

2.2 Mutabilidade e técnicas de reequilíbrio nas concessões

A mutabilidade do contrato guarda uma paradoxal relação com sua própria rigidez. Melhor dizendo: é a existência de cláusulas e direitos contratuais rígidos que torna essencial a flexibilidade de outras cláusulas e direitos. Isso fica evidente quando se constata que, como causas que mais frequentemente justificam a modificação de contratos administrativos, despontam a imprescindível tutela do interesse público primário, a necessidade de tutelar o direito do usuário a um serviço adequado e a de se reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro originário do contrato contra eventos que o atingem em favor do contratado.

A rigidez e a inexorabilidade da tutela do interesse público (pelo lado do contratante estatal e do usuário) e do direito ao reequilíbrio (pelo lado do prestador), persistentes durante toda a vigência do ajuste, somente se viabilizam na medida em que certas obrigações aceitam modificações para garanti-los. A mutabilidade do contrato administrativo configura, portanto, um inevitável mecanismo de harmonização dos interesses e direitos que o permeiam e não aceitam relativização. Essa mutabilidade, em regra, atinge as chamadas “cláusulas regulamentares”, ou relativas à prestação do serviço.⁴

Um desses direitos, como dito, atribui-se ao prestador de serviços e resulta

⁴ “Admite-se alteração das cláusulas atinentes às condições da prestação do serviço. São as chamadas *cláusulas regulamentares ou de serviço, que disciplinam o conteúdo das prestações, o modo de sua execução, os padrões de qualidade, os limites qualitativos e quantitativos e outras características da atividade em que se materializa a prestação do serviço público*. Quando se tratar de concessão de serviço relacionada com obra pública, a competência estatal examinada abrangerá inclusive o conteúdo e a programação original dessas obras”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009, p. 441, g.n.

da garantia constitucional rígida do equilíbrio da relação de custos e receitas originariamente fixada no ajuste. O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro é oferecido a todos que celebram contratos onerosos com o Estado, encontrando proteção tanto no plano constitucional, quanto no legal.

O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal dispõe que os contratos administrativos serão celebrados “mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, *mantidas as condições efetivas da proposta*, nos termos da lei (...)”.⁵ Como a expressão “mantidas as condições efetivas da proposta” tem *status* constitucional, já que foi consagrada no art. 37, inciso XXI, da Constituição, a doutrina brasileira entende que “a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada *nem mesmo por lei*”.⁶⁻⁷ E essa lógica se aplica sem ressalvas aos contratos de delegação de serviços de saneamento básicos por configurarem espécie do gênero “contrato administrativo”.

No plano infraconstitucional, o equilíbrio econômico-financeiro ganhou respaldo em inúmeros dispositivos. No campo dos módulos concessórios, o art. 9º, § 2º da Lei nº 8.987/1995 assim dispõe: “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro”. Fora isso, o art. 10 prescreve que, “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”. O art. 9º, § 4º aponta situação específica ao prever que, “em havendo alteração unilateral do contrato que afete seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo concomitantemente à alteração”. Nesses três disposi-

⁵ A Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 17/10/1969, era bem mais específica ao se referir ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Rezava tal artigo que “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 625.

⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 18.

tivos, comprova-se de modo definitivo a afirmação anterior de que a rigidez depende da mutabilidade contratual para que o contrato sobreviva à incidência de fatores externos de toda ordem.

Ainda no campo das concessões, o dever de reequilíbrio se ancora no art. 35 da Lei n. 9.074/1995, pelo qual “a estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Nesse dispositivo, a lei trata da revisão como técnica de manutenção do reequilíbrio, mas novamente foca em um caso particular, dado que existem inúmeras outras formas de se promover o reequilíbrio. Daí porque sua redação pode levar a compreensões incorretas sobre o reequilíbrio no modelo concessório.⁸

A quebra do equilíbrio econômico-financeiro representa alteração do resultado econômico que advém do contrato de concessão no momento em que ocorrem, durante a sua execução, fatos não correspondentes às projeções pactuadas de início pelas partes.⁹ Para se verificar real desequilíbrio, é necessário proceder-se a uma comparação entre o que foi pactuado e a situação atual de execução do contrato, cabendo à parte prejudicada o ônus de demonstrar que a relação de equivalência inicial se abalou, de modo a lhe ocasionar desvantagem intolerável. É igualmente fundamental que os eventos nocivos ao equilíbrio originário se enquadrem na categoria da álea extraordinária, ressalvada a possibilidade de o contrato dispor de modo diverso sobre os riscos quando permitido na lei.

Desde que observados esses requisitos, a Administração Pública, de ofício ou a pedido, poderá empregar os inúmeros instrumentos que a legislação lhe oferece para restabelecer a relação comutativa originária do contrato. No Brasil, são vários esses instrumentos de ajuste administrativo da relação contratual inicialmente pactuada. Em primeiro lugar, merecem destaque os *mecanismos de reequilíbrio com natureza tarifária*, os quais se dividem no reajuste e na revisão por

⁸ MARRARA, Thiago; SOUZA, André. Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 305.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, n. 1, 2005, p. 32.

força de um critério finalístico. Nesse primeiro bloco, também se defende a inclusão das técnicas de modificação do cálculo ou da incidência da tarifa. Em segundo lugar, há *mecanismos de reequilíbrio de natureza não-tarifária*.

Pertencente à primeira categoria, o *reajuste* designa especificamente a alteração do valor tarifário com o intuito de corrigir a variação do valor real da moeda por conta de inflação ou deflação. Por determinação legal geral, ele não pode ser realizado em prazo inferior a um ano.¹⁰ No setor de saneamento, essa limitação é repetida no art. 37 da Lei nº 11.445/2007, segundo o qual “os *reajustes de tarifas de serviços públicos* de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12 (doze) meses, de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais”. Ao ente contratante ou ao regulador caberá selecionar algum índice ou misturar vários deles com base em regras de ponderação previamente definidas. Importante é que o índice empregado ou construído guarde pertinência com os insumos empregados na execução do contrato.

Em contraste com a técnica de reajuste, a *revisão* configura modalidade de alteração tarifária que tem por escopo corrigir, a qualquer momento, o valor real da tarifa originariamente fixada no intuito de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro prejudicado de modo expressivo por algum evento enquadrado no conceito de álea extraordinária, excepcionado o caso de valorização ou desvalorização monetária.¹¹ Por isso, a revisão assume um caráter residual em relação ao reajuste.

O contrato administrativo será revisado se o impacto do evento for significativo e desde que, contratualmente, o risco não tenha sido assumido pelo contratante prejudicado ou for considerado ordinário ou empresarial. Jacintho Ar-

¹⁰ Embora não conste nenhuma regra a respeito na Lei 8.987/89, a periodicidade mínima de reajuste de tarifas está prevista no art. 2º, § 1º, da Lei 10.192/2001, que dispôs sobre medidas complementares ao Plano Real. Reza tal dispositivo que “É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano”. Já o §1º preceitua que “É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano”.

¹¹ MARRARA, Thiago; SOUZA, André. Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 308.

ruda Câmara ressalta que a revisão se relaciona à ocorrência de fatos imprevisíveis, característica que a diferencia novamente do reajuste.¹² É praxe que já conste dos contratos o mecanismo de recomposição automática das variações do valor real da moeda (reajuste). Para as situações excepcionais que ensejam a revisão, proceder-se-á à alteração do valor inicial da tarifa à luz das circunstâncias concretas. Isso pode ser feito tanto em momento pré-definidos (de *revisão ordinária*), como em situações pontuais (de *revisão extraordinária*).

No setor de saneamento básico, essa diferenciação das revisões conforme o momento encontra respaldo no art. 38, I e II da Lei nº 11.445/2007. De acordo com esse dispositivo, “as *revisões tarifárias* compreenderão a *reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas* e poderão ser: I - periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado; II - extraordinárias, *quando se verificar a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, que alterem o seu equilíbrio econômico-financeiro*”.

2.3 As técnicas de reequilíbrio não tarifário

Se bem analisado, o art. 38, *caput* da Lei de Saneamento refere-se de modo expresso à modificação do contrato de concessão por meio da “reavaliação da prestação das condições dos serviços”, mas indevidamente a inclui como técnica de revisão tarifária. Para esse caso de modificação da prestação, mais adequado se mostra utilizar a expressão *revisão não tarifária*, que, em sentido amplo, indica toda e qualquer modificação da forma de prestação do serviço delegado que servem para recompor o equilíbrio econômico-financeiro sem implicar alterações dos valores cobrados dos cidadãos pela fruição do serviço público concedido.

A existência da revisão de conteúdo não tarifário, prevista claramente na legislação de saneamento, é técnica geral do direito das concessões. Isso se deve aos impactos nocivos que a revisão tarifária acarreta em alguns contextos, como o aumento dos custos do usuário, a redução de seu poder de consumo ou de acesso ao serviço, a violação da modicidade tarifária como elemento central do conceito de serviço público adequado, eventuais disputas políticas e judiciais e o

¹² CAMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175.

risco de perda de legitimidade do governo.

Por conta desses e de outros efeitos, como se demonstrará logo mais, é mais razoável e, por conseguinte, recomendável que a revisão tarifária, utilizada como técnica de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, venha a ser substituída por uma das seguintes formas de modificação não tarifária:¹³

- *Oferta de subsídios.* Em substituição ao aumento tarifário, é possível que o poder concedente reequilibre total ou parcialmente a relação de equivalência econômica do contrato por meio de transferências financeiras próprias em favor do concessionário desde que previstas inicialmente no ato convocatório da licitação (art. 17, *caput* da Lei nº 8.987/1995). A adição dos subsídios vale tanto para as concessões comuns quanto para as parcerias público-privadas (nas quais, vale lembrar, a contraprestação estatal obrigatória não se realiza obrigatoriamente por pagamento em dinheiro).
- *Criação ou ampliação de receitas alternativas,* complementares ou acessórias. De acordo com o art. 11 da Lei nº 8.987/1995, “no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas...”. Esse dispositivo vale por igual para as parcerias público-privadas na modalidade patrocinada (art. 3º, § 1º da Lei nº 11.079/2004). Com isso, o custeio do serviço poderá se apoiar em fontes paralelas de recursos vinculados ao objeto da concessão. Esses recursos adicionais se direcionarão não ao enriquecimento do concessionário ou do ente concedente, mas sim à garantia da tarifa módica. Assim sendo, caso certo evento desequilibre o contrato, poderá o Estado autorizar a exploração das fontes paralelas de receitas ou rearranjá-las com o escopo de não alterar a tarifa ou de mitigar sua elevação.

¹³ A sistematização e as explicações dos mecanismos não tarifários aqui empregadas foram retiradas de MARRARA, Thiago; SOUZA, André. Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 307-310.

- “*Prorrogação*” do prazo contratual. Para evitar o encarecimento do valor unitário da tarifa, é igualmente concebível a compensação de despesas ou perdas adicionais assumidas pelo concessionário mediante a ampliação do período global de recebimento de tarifas.¹⁴ Importante ressaltar que o prazo estipulado no contrato de concessão não poderá ser alargado de forma discricionária, devendo resultar de estudos prévios sobre a viabilidade econômico-financeira referente à execução do serviço público.¹⁵ A prorrogação necessita observar os aspectos econômicos e financeiros do contrato (investimentos esperados, custos do serviço adequado e da manutenção de sua atualidade técnica etc.). Isso significa que a extensão do período de execução contratual deverá ser proporcional ao reequilíbrio buscado.¹⁶
- *Complementação da contraprestação pública* por benefício não financeiro. Especificamente no campo das parcerias público-privadas, uma alternativa adicional à revisão tarifária reside na possibilidade

¹⁴ Ao discutir a possibilidade de utilização da prorrogação de contratos como meio de realizar o reequilíbrio econômico-financeiro, Marçal Justen Filho sustenta que “a prorrogação é compatível com a Constituição especialmente quando todas as outras alternativas para produzir a recomposição acarretariam sacrifícios ou lesões irreparáveis às finanças públicas ou aos interesses dos usuários. Essa é a alternativa que realiza, do modo mais intenso possível, todos os valores e princípios constitucionais. Compõem-se os diferentes princípios e obtém-se a realização harmônica de todos eles”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009, p. 406.

¹⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 24.

¹⁶ Alguns teóricos brasileiros preferem não falar exatamente em prorrogação para indicar casos de prolongamento com finalidade de reequilíbrio-econômico financeiro. Apesar da divergência quanto à terminologia, no conteúdo, o raciocínio sobre a extensão do contrato é a mesma. Nas palavras de Jacintho Arruda Câmara: “Situação distinta da prorrogação em si – aqui tomada como hipótese de extensão do prazo contratual por igual período, nos termos fixados do próprio contrato – é a do aumento de prazo como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Em certas concessões, a regulamentação prevê expressamente, como um dos instrumentos para recompor o equilíbrio econômico-financeiro, a extensão do prazo original, de modo a propiciar à concessionária maior tempo para amortização de seus investimentos. *Nessa hipótese, não se tem uma renovação do vínculo, para período predefinido contratualmente; fenômeno aqui designado como prorrogação. O acréscimo de prazo, na chamada extensão, é a decorrência de fato incerto – o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão – e corresponderá ao período de tempo necessário à recomposição da equação econômico-financeira inicialmente pactuada*”. CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. *Tratado de direito administrativo*, vol. VI: licitação e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 348.

de incremento da contraprestação estatal por outras formas de contraprestação, como as outorgas para exploração acessória de uso de bens públicos do Estado.¹⁷ Isso é possível, na medida em que a Lei nº 11.079/2004 reconhece como formas igualmente válidas de contraprestação do parceiro público ao privado: a) a cessão de créditos não tributários; b) a outorga de direitos em face da Administração Pública; c) a outorga de direitos sobre bens públicos dominiais e d) outros meios admitidos em lei (art. 6º).

- *A redução dos ônus contratual.* Enfim, é possível que se repensem as obrigações regulamentares ou técnicas que o delegatário utiliza no sentido de se reduzir seus custos operacionais ou seu volume de investimentos. Em outras palavras, a revisão, aqui, pode consistir na redução do peso de certas obrigações para que o concessionário garanta o equilíbrio econômico-financeiro diante de fatores que incidam sobre o contrato, mas sem elevar a tarifa dos usuários.

2.4 Revisão: entre a razoabilidade e a política de saneamento

A escolha do mecanismo de revisão a se utilizar no caso concreto diante da necessidade de se recuperar o equilíbrio econômico-financeiro pactuado originalmente se pauta em, pelo menos, dois grandes fatores. O primeiro, de ordem geral, consiste no princípio da razoabilidade administrativa, enquanto o segundo, de ordem setorial, refere-se às diretrizes da política pública de saneamento no Brasil.

O princípio da razoabilidade (aqui tomado como sinônimo de proporcionalidade em sentido amplo na terminologia alemã) guia toda e qualquer forma de ação discricionária do Estado, inclusive na esfera contratual. No campo ora estudado, ele se revela útil por apontar, em cada caso concreto, se uma medida de revisão tarifária é preferível ou não a uma medida de revisão não tarifária. E, na

¹⁷ Em detalhes sobre as outorgas para exploração acessória de uso de bens públicos, cf. MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. *Tratado de direito administrativo*, v. 03: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, cap. 3 e DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella de. *Uso privativo de bem público por particular*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 79 e seguintes.

prática, para se verificar se a decisão administrativa é razoável ou não, há que se cumprir três regras simultaneamente.¹⁸

A regra da *adequação* exige que a medida escolhida se mostre apta à consecução da finalidade pública esperada. Nesse sentido, por exemplo, o uso de uma técnica de revisão tarifária ou não tarifária será adequado se simplesmente for capaz de reequilibrar o contrato. Inadequada será, porém, quando não for capaz de atingir esse objetivo.

A regra da necessidade, por sua vez, pede que a medida escolhida seja a mais branda dentre as adequadas. Em outras palavras, certa medida se tornará desnecessária e, portanto, irrazoável se houver outra que atinge a finalidade pública com menor impacto sobre interesses públicos e menor restrição sobre direitos fundamentais. Para se comprovar a necessidade, sempre há que se fazer um exame comparativo das medidas possíveis. Desnecessária será a revisão tarifária que garanta o reequilíbrio, mas onere o usuário excessivamente, diante de uma revisão não tarifária que logre o reequilíbrio, sem qualquer impacto sobre o patrimônio dos usuários. A necessidade se comprova por comparação.

A regra da proporcionalidade, a seu turno, pede que os efeitos benéficos da medida escolhida superem seus efeitos nocivos. A proporcionalidade se identifica por uma análise de custo-benefício. Assim, por ilustração, uma medida de revisão tarifária destinada a garantir o equilíbrio econômico-financeiro será desproporcional se vier a impedir que grande parte dos usuários acessem os serviços, violando sua modicidade e universalidade.

Além de ser pautada pelos princípios de direito administrativo, como a razoabilidade, a escolha desses instrumentos de reequilíbrio em cada momento revisional necessita observar os objetivos e as diretrizes estabelecidos pelo legislador para cada tipo de serviço público. Especificamente no âmbito das políticas de saneamento básico, a opção por mecanismos de revisão tarifária ou não tarifária encontra-se balizada tanto pelo art. 2º, quanto pelo art. 22 da Lei nº 11.445/2007.

Ao estipular os objetivos da política de saneamento, o art. 2º exige que a

¹⁸ Cf. MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 113-116.

Administração Pública, entre outras coisas, priorize planos que visem à *implantação e à ampliação* dos serviços de ação de saneamento, inclusive de modo a se considerar, com especial atenção, as áreas ocupadas por *população de baixa renda* (inciso II). Nesse dispositivo, resta clara a preocupação do legislador com a universalidade do serviço, de um lado, e com a modicidade tarifária como uma ferramenta de acesso, de outro. Outro objetivo da política é a promoção de gestão que viabilize “a auto-sustentação econômica e financeira dos serviços” (inciso VII). Aqui, o legislador realçou a importância da gestão criativa, da busca de soluções inovadoras que permitam a sustentabilidade do serviço ao mesmo tempo em que se respeitem os demais objetivos, como o da modicidade e da universalidade.

Para além do art. 2º, o art. 22 da Lei de Saneamento enumera os objetivos da *regulação*, dentre os quais o de “estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a *satisfação dos usuários*” (inciso I, g.n.); e “definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a *modicidade tarifária*, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a *apropriação social dos ganhos de produtividade*” (inciso IV, g.n.). Também nesse texto, a lógica se repete: a busca da sustentabilidade econômica do serviço e o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato devem se ajustar à incessante busca pela universalização do serviço, pela ampliação do acesso e pela modicidade (componentes do conceito de serviço público adequado).

Tanto o art. 2º, quanto o art. 22, colocam o usuário no centro das preocupações da política de saneamento. Isso se explica por uma razão bastante simples: os serviços de saneamento (sobretudo abastecimento de água e coleta de esgoto) são essenciais à vida, à saúde e à dignidade da pessoa, direitos fundamentais de primeira ordem garantidos na Constituição da República. Por sua imprescindibilidade para a concretização desses direitos, os serviços de saneamento, privatizados ou não, devem ser incessantemente implantados e expandidos para atingir a população brasileira de modo integral. Mas isso não basta. Há que se viabilizar o acesso a esses serviços não apenas mediante expansão da rede, senão também pelo respeito constante à modicidade tarifária – instituto que ganha especial relevância quando se considera que grande parte da população brasileira detém renda reduzida.

Por tudo isso, conclui-se que a escolha entre mecanismos de revisão tarifária ou não tarifária deve levar em conta, de modo bastante sintético, a capacidade simultânea de reequilibrar o contrato, de garantir a manutenção e a expansão da rede e de não comprometer a capacidade econômica de acesso aos serviços pelos usuários, sobretudo os da população de baixa renda. É exatamente isso que explica a razão de, na prática, mecanismos não tarifários (como o de aumento do prazo de duração do contrato) serem juridicamente preferíveis a revisões meramente tarifárias que, ao elevar os custos do usuário, acabam por comprometer seu acesso aos serviços em debate e, em última instância, seus direitos fundamentais de primeira ordem.

3 PARTE II: limites de alteração e prorrogação

3.1 Aspectos introdutórios

Para garantir a revisão não tarifária do contrato em favor de seu reequilíbrio, demonstrou-se ser possível alterar a forma de prestação do serviço delegado ou prolongar o prazo de execução contratual. Na primeira situação, as obrigações de execução são alteradas de modo a reduzir os custos de operação ou de investimento do concessionário, sem, porém, alterar suas receitas. Na segunda situação, as obrigações e a tarifa são mantidas idênticas, mas se prolonga a prestação originariamente pactuada para garantir que determinado prejuízo sofrido pelo concessionário seja recomposto com as receitas arrecadadas no período adicional.

A grande questão em torno dessas técnicas de reequilíbrio diz respeito aos seus limites. Melhor dizendo: é possível alterar as obrigações contratuais, do ponto de vista qualitativa ou quantitativo, sem qualquer limite? A duração do contrato aceita prolongamento interminável? Essas questões se colocam, em primeiro lugar, porque o contrato de concessão de serviços públicos é celebrado após a realização de um processo licitatório destinado a garantir a livre-concorrência (art. 14 da Lei nº 8.987/1995), motivo pelo qual eventuais modificações podem ser vistas como uma violação do dever de licitar. Em segundo lugar, porque a legislação brasileira, ao tratar de outros tipos de contratos administrativos (como os instrumentais regidos pela Lei nº 8.666/1993), estipula limitações sobre modificação e prorrogação, além de determinar, em caso de lacuna, a aplicação subsidiária de suas normas a contratos de concessão. Isso ocasiona o frequente

erro de tentar se estender o regime jurídico de uns contratos para outros sem a devida contextualização e consideração de suas lógicas e funções.

3.2 A flexibilidade da modificação das concessões comuns

As denominadas “concessões comuns” de serviços público, sob disciplina da Lei nº 8.987/1995 e inúmeros diplomas setoriais, caracterizam-se: (i) pela transferência da execução de um serviço de titularidade estatal para execução por um delegatário, estatal ou não, que age por conta e risco; (ii) pela remuneração primária do delegatário por tarifas pagas pelos usuários, permitindo-se adicionalmente fontes alternativas de receitas¹⁹ e subsídios²⁰; (iii) pela longa duração e (iv) por um regime jurídico mais aberto e flexível.

A natural elasticidade das normas e das obrigações que conformam as concessões levou parte da doutrina contemporânea a classificá-las como contratos relacionais. Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, apoiado na teoria de Ronaldo Porto Macedo Filho, esse tipo de contrato tem como características marcantes: “(i) a mutabilidade constante dos seus elementos centrais (preço, qualidade, condições de prestação); (ii) o objeto cambiante, o que indica imprevisão quanto ao futuro e forte impacto de contingências; (iii) as cláusulas que estipulam não termos rígidos de relações de troca (ou permuta), mas processos para a cooperação permanente entre as partes; e (iv) o fato de que nos contratos ditos relacionais as relações jurídicas não se atêm a duas partes contrapostas, mas envolvem múltiplos agentes, constituindo ‘verdadeiras redes de agentes e participantes’”.²¹

Na mesma linha, tem-se posicionado outro grande especialista no tema,

¹⁹ Lei n. 8.987/1995. Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

²⁰ Lei n. 8.987/1995. Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (tese de titularidade), 2013, p. 217.

Egon Bockmann Moreira, que trata o contrato de concessão como um instrumento de governo, de desenvolvimento e concretização de políticas públicas e que, por essa função, não se acopla ao regime fechado e rígido dos contratos instrumentais, como os regidos pela Lei n. 8.666/1993. Em suas palavras, “desde 1995, a legislação brasileira de contratos de longo prazo autoriza que determinado planejamento estatal da economia seja concretizado por meio de contratos administrativos. (...) Os contratos de concessão de serviços públicos e aqueles de parceria público-privada permitem a definição estratégica de políticas de longo prazo em específicos setores da economia”.²²

Esses contratos de longo prazo são “essencialmente incompletos” e com eles não se harmonizam a rigidez normativa e a tentativa de se antecipar o futuro no momento de sua celebração. “Nos contratos administrativos de longo prazo é errado carregar na subjetividade, supondo-se viável existir, para sociedades complexas como as em que vivemos, coisas como a previsão e a imprevisão”.²³ Existe aqui uma “dinâmica contratual-regulatória, combinada com a capacidade de detectar as variações dos contratos – o que eu chamo de capacidade de aprendizagem dos contratos públicos: aprender com a prática, negocialmente, de forma bilateral e harmônica, prestigiando os deveres laterais de conduta das partes contratantes e assim tentar novas soluções de interesse público, próprias às alterações das circunstâncias; adequadas à base objetiva do negócio”.²⁴

A partir dessas breves considerações teóricas, entende-se que a flexibilidade normativa e contratual do regime concessório reflete um traço essencial e inafastável. Ele se destina a permitir que as prestações pactuadas se adaptem às variações das exigências de interesse público, dos direitos dos usuários e dos direitos dos delegatários (prestadores do serviço).²⁵

²² MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2013, p. 509.

²³ MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2013, p. 512.

²⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2013, p. 513.

²⁵ Também nessa linha, Justen Filho explica que “a concessão não é apenas um meio de solução concreta de problemas imediatos exclusivos da Administração Pública. Trata-se de instrumento destinado a satisfazer interesses sociais, colocados ao cuidado do Estado, mas com atenta e relevante tutela aos interesses coletivos não estatais, inclusive os da iniciativa privada empresarial. Isso impõe submeter a própria ou-

Para o usuário, a flexibilidade deriva da necessidade de se garantir constantemente o atendimento do direito fundamental a um serviço adequado – cujas bases normativas estão na Constituição da República (art. 175, parágrafo único, IV), na Lei Geral de Concessões (art. 6º, § 1º e art. 7º, I) e no Código de Defesa do Usuário de Serviços Público (art. 4º). Entre outras coisas, o serviço adequado deve ser financeiramente acessível (prestado com tarifas módicas) e atual (prestado com suporte em técnicas, equipamentos e instalações modernas). Para o prestador do serviço público, como já demonstrado, a flexibilidade contratual serve para garantir o direito à manutenção da relação de equilíbrio econômico-financeiro originariamente pactuada em atendimento a inúmeras normas constitucionais e legais (art. 37, inciso XXI da Constituição da República e art. 9º e 10 da Lei nº 8.987/1995).

Levando em conta essa inevitável e reconhecida característica de regime jurídico, ao tratar da modificação dos contratos de concessão, o legislador brasileiro estruturou de propósito um modelo mais aberto e flexível. Porém, em comum com os contratos instrumentais da Lei nº 8.666/1993, também vale para as concessões em geral também a seguinte classificação. Em primeiro lugar, por um critério objetivo, é possível diferenciar as modificações em relação ao objeto propriamente dito, subdividindo-a em quantitativa (relacionadas à dimensão do objeto) e qualitativa (não relacionadas à dimensão). Ademais, há modificações incidentes sobre outros aspectos da execução contratual, como o prazo de duração das obrigações. Em segundo lugar, por um critério volitivo, distingue-se a determinada por força de lei (compulsória), daquela estipulada pela vontade das partes, subdividida na modificação pela conjunção das vontades dos contratantes (consensual) daquela que decorre da imposição da vontade de uma parte à outra (unilateral), conferida exclusivamente à Administração Pública como uma espécie de poder exorbitante.

Sem prejuízo dessas semelhanças, o regime das modificações dos módulos concessórios e dos instrumentais é bastante distinto por motivos lógicos e teleológicos. Inicialmente, em matéria de concessões, nota-se a ausência de um artigo que sistematize o tema em questão na Lei nº 8.987/1995. Para se compreender o

torga a um processo que reflita a ordem democrática e os valores fundamentais consagrados constitucionalmente”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009, p. 198.

regime das modificações contratuais, é essencial realizar um exame sistemático do diploma legal e levar em conta, ao menos, os seguintes dispositivos:

- O art. 9º, § 4º menciona a possibilidade de *alteração unilateral* dos contratos de concessão comum pelo Poder Público.²⁶ Ao fazê-lo, não menciona limites quantitativos ou qualitativos, resumindo-se a determinar que o ente concedente restabelecerá o equilíbrio econômico-financeiro originário concomitantemente à alteração. Nota-se, assim, que o legislador não se esqueceu de cuidar das modificações unilaterais. Ele as previu e intencionalmente deixou de fazer menção a limites quantitativos ou qualitativos.
- O art. 18, VII exige que o edital da licitação de concessão contenha os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro para garantir a continuidade da prestação do serviço. Ao empregar os termos “alteração” e “expansão”, o legislador deixou evidente que as modificações poderão ter natureza não somente qualitativa, como quantitativa. É de se destacar a preocupação do legislador com a continuidade para os futuros usuários, que somente se compreende diante do pressuposto de que as concessões são de longo prazo e, portanto, nem o edital nem o contrato em sua versão originária jamais poderiam prever com exatidão e de modo definitivo o conteúdo de todas as obrigações.
- O art. 23 cuida especificamente das cláusulas obrigatórias do contrato de concessão, incluindo as que tratem do objeto, da área e do

²⁶ Lei n. 8.987/1995. Art. 9º, § 4º - Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

§ 1º (...). § 2º Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes.

prazo da concessão; do modo, da forma e das condições de prestação do serviço; dos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; do preço do serviço e dos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; bem como dos *“direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações”* (inciso V). Nesse último mandamento, mais uma vez desponta o reconhecimento da necessária adaptabilidade da concessão por alterações, expansões, modificação de técnicas e de infraestruturas que viabilizam o serviço adequado.

- O art. 29, I e III, atribui ao poder concedente o dever de *“regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente sua prestação”*, além de *“intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei”*. O reconhecimento desse poder de regulamentação só faz algum sentido jurídico ao se tomar como premissa que o contrato de concessão, por sua longa duração, é naturalmente aberto e flexível, sujeito a alterações constantes, à luz da regulamentação desenvolvida pelo concedente ou quem lhe faça as vezes na qualidade de regulador. Se tudo pudesse ou devesse ser definido antes da contratação, a lei não preveria esse poder de regulamentação. Encontra-se aqui, conseqüentemente, o mandamento central a afastar a concessão dos contratos instrumentais de prestação de serviços e obras, tratados na Lei nº 8.666/1993, no tocante ao regime das modificações.

Em síntese, para os chamados módulos concessórios comuns, disciplinados no Brasil pela Lei nº 8.987/1995, não há um artigo sistematizador e limitador das modificações qualitativas e quantitativas. Essa ausência, entretanto, é intencional. Não deve ser confundida com a figura da lacuna normativa, pois o legislador previu a possibilidade de alteração contratual em inúmeros dispositivos, tal como demonstrado acima, inclusive a imposta de modo unilateral pelo Estado. De modo proposital e adequado, desejou não enrijecer o assunto por meio da imposição de limites que restringissem as modificações. Afinal, os contratos de

concessão são relacionais, de longo prazo, destinados a viabilizar políticas públicas²⁷ e, como tais, permeados por interesses e direitos de um conjunto amplo de sujeitos. Por tudo isso, são dotados de uma mutabilidade imanente que não se compactua com as limitações previstas em outros ramos do direito contratual público.

Essa mutabilidade se acopla ao texto constitucional e ao dever de licitar na medida em que venha a ser sempre empregada de forma motivada (requisito formal) e compatível com os interesses públicos primários e direitos dos usuários e do prestador (requisito material). Modificação contratual não significa arbitrariedade, nem autorização para modificar por completo o contrato, desnaturando, transformando-o em outra figura. Com expõe Jacintho Arruda Câmara, “com base no acordo econômico-financeiro, existe um objeto a ser executado que, embora se sujeite a modificações unilateralmente impostas em virtude do interesse público, não pode ser completamente desvirtuado”.²⁸ Marçal Justen Filho vai mais longe ao afirmar que nem mesmo por mútuo acordo será lícito proceder a modificação que “importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e da isonomia”.²⁹

3.3 O prazo das concessões e sua prorrogação

Com a mesma flexibilidade que cuidou da modificação das concessões o legislador tratou dos seus prazos de duração. A Lei nº 8.987/1995 confere ampla elasticidade tanto às políticas setoriais, quanto aos entes federativos e aos governantes para defini-los. Essa conclusão resulta muito facilmente de um exame sistemático do texto normativo. Nela resta claro que: (i) o prazo é obrigatório para a concessão (art. 2º, inciso II e III), mas (ii) não há nem prazo mínimo, nem prazo máximo legal, (iii) exigindo-se tão somente que o ato convocatório da licitação e

²⁷ “Projetos concessionários, quando implementados, representam a decisão de utilizar recursos privados como viabilizadores de atividades públicas, o que funcionaliza interesses públicos e os associa à própria implementação do interesse público. Nessa linha, o investimento privado passa a ser meio de satisfação concreta do interesse público”. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeira e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 47.

²⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. *Tratado de direito administrativo*, vol. VI: licitação e contratos administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 325.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 771.

o contrato o estabeleça (art. 18, inciso I e art. 23, I). Daí também se conclui que leis especiais poderão definir tetos para setores específicos – o que, a propósito, não foi feito na Lei Nacional de Saneamento Básico nº 11.445/2007.

O tema da prorrogação foi deixado igualmente aberto, cabendo inserir seu tratamento primário, desde que previsível, no ato convocatório e no contrato. É assim que o assunto aparece no art. 23, inciso XII da Lei nº 8.987/1995. Em todo caso, de acordo com Di Pietro, “como os prazos das concessões são, em regra, bastante longos, a prorrogação somente se justifica em situações excepcionais, para atender ao interesse público devidamente justificado ou mesmo na hipótese em que o prazo originariamente estabelecido se revele insuficiente para amortização dos investimentos”.³⁰ Motivação expressa e fundamentos de interesse públicos constituem, respectivamente, os requisitos formal e material imprescindíveis para compatibilizar a prorrogação com o dever de licitar e a livre concorrência. Mais que isso não parece ser exigido pela legislação.

Dentro desse contexto e cumprido os requisitos mencionados, nem a legislação, nem a doutrina especializada apontam um teto ao número de prorrogações. Para Justen Filho, “não houve limitação quando ao número possível de prorrogações, pois a lei apenas estabeleceu como cláusula necessária aos contratos de concessão a que tratasse das “condições para prorrogação com contrato” (art. 23, inciso XII).³¹ Isso significa que caberá ao contrato ou, na sua ausência, à legislação subsidiária a disciplina do assunto.

Com base no direito ao reequilíbrio, alguns autores chegam a defender a existência de um direito subjetivo à continuidade de execução do contrato para além do prazo inicialmente estipulado. É o que sustenta Bernardo Strobel Guimarães, para quem “o concessionário tem o direito subjetivo público a continuar a executar o contrato em estando a avença desequilibrada a seu favor, isso pelo prazo necessário e suficiente para que a remuneração a ele devida em vista do

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 114-115.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009, p. 346.

projeto seja implementada”.³² O autor bem argumenta que “o princípio licitatório em nada embarga as cogitações apresentadas acima. Isso basicamente porque a licitação é procedimento que, mercê da isonomia, se estrutura entre sujeitos que se encontram na mesma situação perante o direito. Contudo, o particular que se encontra em situação de prejuízo não se equipara a qualquer outro agente econômico. Ele simplesmente não está na mesma situação que os demais”.³³

Quanto à possível incompatibilidade entre a prorrogação da concessão e o dever constitucional de licitar, são também relevantes os argumentos lançados por Rafael Vêras de Freitas e Leonardo Coelho Ribeiro. Não se pode interpretar o art. 175 da Constituição da República (que requer prévia licitação à celebração da concessão) como um óbice à prorrogação. “Na verdade, é o próprio dispositivo constitucional que, em seu parágrafo único, determina que a lei disporá sobre ‘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’” (g.n.). Assim, concluem que, de um lado, a Constituição exige a licitação, mas de outro admite a prorrogação sem sua realização.³⁴

Fora isso, Freitas e Ribeiro registram que “a licitação – tal como a concorrência – não é um fim em si, mas um instrumento para que a Administração seleccione a melhor proposto no mercado. Nesse sentido, se a melhor proposta, substanciada no melhor padrão do serviço, é o que vem sendo executado pelo concessionário, seria antípoda ao interesse público interditar a extensão de seu prazo. Em termos diretos: não seria minimamente razoável ‘licitar por licitar’”.³⁵

³² GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 56.

³³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 56.

³⁴ FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 294.

³⁵ FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos,*

3.4 O regime das parcerias público-privada

O regime da modificação contratual aplicável às parcerias público-privadas identifica-se com o das concessões comuns. E para isso há algumas razões: (i) diferentemente do que ocorre em alguns países, no Brasil, as parcerias público-privadas nada mais são que modalidades especiais de concessão por expressa norma legal;³⁶ (ii) elas configuram, assim, contratos de alto valor e de longo prazo (5 a 35 anos) e (iii) sua celebração redonda na delegação de serviços públicos ou obras públicas à execução por terceiros.

A grande diferença desses módulos concessórios para o regime da concessão comum reside na necessidade de contraprestação parcial ou integral do Poder Público ao parceiro privado. Na PPP patrocinada, que abrange serviços públicos ou obras públicas, a contraprestação estatal se somará à tarifa cobrada dos usuários. Já na PPP administrativa, a contraprestação será integralmente estatal, independentemente de o serviço delegado ser usufruído diretamente pelo cidadão em alguns casos.

A previsão de contraprestação estatal – capaz de assumir diversas formas para além do pagamento em dinheiro – foi o que permitiu o emprego de PPP como técnica de desestatização de serviços públicos que não se encaixam no regime da concessão comum. Em outras palavras, a Lei nº 11.079 tornou possível delegar a execução de serviços divisíveis, porém gratuitos, e serviços indivisíveis, além de abarcar serviços externos (destinados aos cidadãos) e serviços internos ou de natureza administrativa (que têm o próprio Estado como cliente direto).

O regime de gestão contratual da PPP é em tudo semelhante ao da concessão comum. As modificações contratuais para esses tipos contratuais de regime especial seguem a lógica e o regime das aplicadas à concessão, mesmo porque eles têm natureza concessória inegável. Isso se evidencia a partir do art. 3º da Lei

equilíbrio econômico-financeira e a taxa interna de retorno: a lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 295.

³⁶ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. (...) § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

nº 11.079, que submete a PPP patrocinada diretamente ao regime geral das concessões comuns em todos os temas que ela não disciplinar diretamente. A seu turno, as PPP administrativas estão submetidas a certos artigos particulares da Lei Geral de Concessões e isso inclui os art. 23 e 29, que, como se demonstrou no item anterior, cuidam das normas de alteração contratual.³⁷

Por consequência dessas remissões, nas concessões especiais baseadas na Lei nº 11.079/2004, assim como nas concessões comuns da Lei nº 8.987/1995: (i) abre-se espaço para modificações unilaterais, consensuais e compulsórias, e para as modificações quantitativas e qualitativas; (ii) as modificações se destinam a garantir a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, bem como a viabilizar a prestação adequada do serviço, atendendo a necessidades de atualização e continuidade, e adaptá-lo aos regulamentos do Poder Público; e (iii) não há um dispositivo de sistematização e de limitação das alterações contratuais.

Na Lei das PPP, o tema em debate sujeita-se aos mandamentos da concessão comum, salvo naquilo tiver recebido normatização especial. De acordo com o art. 5º da Lei nº 11.079, além de obedecer às normas do art. 23 da Lei nº 8.987, os contratos de parceria preverão, entre outras coisas, o prazo de vigência, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; e os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços.

Especificamente no que tange ao prazo de duração, os contratos de PPP ganharam tratamento geral mais rígido, já que sua lei geral prevê, para todos os entes da federação, um prazo mínimo e um prazo máximo que abarca as prorrogações. De modo distinto, como se viu, da Lei nº 8.987 não constam prazos legais para o contrato. Eles serão definidos de acordo com a discricionariedade do ente concedente, a não ser que lei especial os fixe para certo setor.

³⁷ Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

3.5 O regime dos contratos instrumentais

Em contraste com o regime das concessões, há determinados contratos públicos que não aceitam modificação e prorrogação tão livres. Isso se nota nos contratos instrumentais regidos pela Lei nº 8.666/1993, como os de prestação de serviços e construção de obras. Embora esses contratos não guardem qualquer relação funcional com as concessões, suas normas mais rígidas são por vezes transportadas de modo indevido para o campo da delegação dos serviços públicos. Esse equívoco ocorre por conta da interpretação distorcida de um dispositivo legal específico, o art. 124 da Lei nº 8.666/1993, que assim dispõe: “Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto” (g.n.).

Antes de se retomar o debate acerca da interpretação desse artigo polêmico, é preciso mostrar o que significa, na prática, levar para o campo das concessões as limitações previstas na Lei nº 8.666/1993 em matéria de alteração e prorrogação contratual. Para isso, são imprescindíveis prévias explicações sobre o conceito de contratos instrumentais.

Em recente elaboração teórica apresentada como tese de livre-docência na Universidade de São Paulo, Fernando Dias Menezes de Almeida cunhou a expressão “módulos instrumentais” para agrupar todos os contratos que a Administração Pública utiliza, a partir da tipologia consagrada no direito privado, para satisfazer suas necessidades diárias, como os contratos de aquisição de bens, de serviços e de obras.

Em comparação com os módulos concessórios, nos contratos instrumentais: (i) o ajuste é de execução imediata, de curto prazo ou, excepcionalmente, médio prazo; (ii) o contratado não assume a execução de um serviço público; (iii) não há a figura do usuário, nem o direito ao serviço adequado; (iv) a remuneração se faz por pagamento em dinheiro do ente contratante ao contratado, não havendo tarifa, subsídios ou receitas alternativas; e (v) os eventos que atingem o contrato e as modificações, consensuais ou unilaterais, redundam sempre em alteração dos valores pagos ao contratado, não havendo formas alternativas de recomposição do equilíbrio. Nesse cenário, não cabe distinguir revisão tarifária e não tarifária, nem debater a aplicação do princípio da razoabilidade e de outras diretrizes de política pública no tocante ao regime jurídico contratual.

Em virtude dessas características e conquanto esses contratos não justifiquem um tratamento diferenciado por não serem exclusivos e inerentes às funções administrativas, no plano legislativo, Menezes de Almeida³⁸ explica que o Congresso brasileiro decidiu lhes oferecer uma disciplina própria. Nesse sentido, determina o art. 54 da Lei nº 8.666/1993, principal diploma de regência da matéria, que os contratos instrumentais “regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, *aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado*” (g.n.). Em outras palavras: o direito público constitui o bloco normativo primário, enquanto o direito privado incide de forma subsidiária sempre que for compatível com os princípios de direito administrativo.

Aqui já se nota uma expressiva distinção em relação aos módulos concessórios, que não se abrem à incidência significativa do direito privado, já que não encontram paralelo nesse ramo. Diferentemente, nos contratos instrumentais, a definição do regime jurídico requer que se verifique, de início, se existe norma própria de direito público ou da teoria geral dos contratos e, na sua ausência, busque-se a regra subsidiária de direito privado.

No que tange especificamente à modificação das obrigações contratuais e à prorrogação, é patente que incidência de norma privada dificilmente ocorrerá, uma vez que o legislador editou inúmeras normas de direito público para disciplinar o tema. Nos termos do art. 65 da Lei nº 8.666/1993:

- As alterações dos contratos “*regidos por esta lei*”, a despeito da modalidade, devem ser motivadas, ou seja, acompanhadas de seus pressupostos fáticos e jurídicos. A expressão em destaque, contida no art. 65, *caput*, revela de pronto que o objetivo do legislador foi criar normas exclusivas para contratos instrumentais, como os de obras e serviços, não para outros tipos de módulos administrativos, como os concessórios e cooperativos, sujeitos a leis próprias.
- As *alterações unilaterais quantitativas*, definidas sob as condições contratuais originárias, poderão ocasionar acréscimos ou supressões de obras, serviços e compras de até 25% (vinte e cinco por cento) do *valor*

³⁸ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 285.

inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. Note-se que os percentuais se referem ao valor global e originário do contrato. Assim, por exemplo, é lícito ampliar o objeto em 50% desde que essa alteração não supere os 25% do valor contratual inicial.

- *As alterações unilaterais qualitativas* determinadas pela Administração Pública poderão ocorrer somente: (a) “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos”; ou (b) “quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei”. Apesar de prever duas hipóteses claras, elas somente serão aceitáveis quando compatíveis com interesses públicos primários.³⁹ Por força do art. 58, § 2º, essas alterações obrigam o Estado rever o contrato para se manter o equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, em face da segurança jurídica do contratado, é preciso respeitar os limites percentuais previstos no art. 65, § 1º e 2º.
- *As alterações consensuais*, por acordo da parte contratante e da contratada, poderão ocorrer quando: (a) conveniente a substituição da garantia de execução; (b) necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; (c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente con-

³⁹ “A alteração qualitativa não pode derivar de desvario do administrador público. Parte-se do pressuposto de que esta resulta da necessidade inafastável de se concretizar o interesse público. (...) Assim, o ajuste no projeto ou nas suas especificações é medida que aproveita ao interesse público. Certamente que, ao realizar a licitação, ou mesmo quando esta não é implementada em seu sentido mais próprio, porque realizada a contratação direta, compete à Administração Pública diligenciar no sentido de confeccionar o contrato de maneira a evitar futuras modificações”. CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. *Licitações e Contratos: aspectos relevantes*, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 30.

traprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; (d) *para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.* Esse último mandamento revela, de modo inquestionável, que os contratos instrumentais podem ser alterados por acordo das partes do ponto de vista qualitativo ou quantitativo para fins de reequilíbrio devido em resposta a eventos alheios imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, que afetem a relação pactuada originariamente.

- *As alterações consensuais quantitativas* submetem-se aos percentuais máximos estabelecidos pela lei, calculados em relação ao valor originário do contrato, para acréscimos. Ficam livres dos limites somente as supressões de dimensão do objeto, sempre que se realizem de modo consensual. Apenas para ilustrar, será válida a alteração para reduzir o contrato em, por exemplo, 90% do seu objeto, ocasionando uma redução do valor de pagamento superior a 25% do pactuado. No entanto, em caso de supressão, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, ele fará jus à cobertura dos custos comprovados e corrigidos, bem como a indenização por outros danos decorrentes da supressão.
- *As alterações consensuais qualitativas*, porém, não foram objeto de limitação explícita pela Lei nº 8.666/1993 e, em 2011, ao responder a consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Cuiabá, o TCU esclareceu que “nas hipóteses de alterações contratuais qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, desde que consensuais, é facultado à Administração ultrapassar os limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, e desde que satisfeitos cumulativamente os pressupostos

prescritos na Decisão TCU nº 215/1999 – Plenário” (Resolução de Consulta n. 45/2011). Em seu julgado paradigmático sobre a matéria, o Tribunal de Contas estabeleceu as seguintes diretrizes: “nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionais de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

- I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
 - II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;
 - III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em (sic) dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;
 - IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente (sic) contratado em outro de natureza e propósito diversos;
 - V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;
 - VI - demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o adiamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea ‘a’, supra – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência” (Decisão plenária TCU n. 215/99).
- *A alteração compulsória do valor contratual para mais ou para menos*

ocorrerá sempre que: (a) após a data de apresentação da proposta na licitação, a criação, a alteração e a extinção de tributos ou encargos legais repercutirem nos preços contratados; e (b) o contrato for alterado unilateralmente, aumentando-se os encargos do contratado.

A partir desse detalhamento, é possível sistematizar o regime de modificação contratual dos contratos de bens, obras e serviços disciplinados pela Lei nº 8.666/1993 da seguinte forma:

Quadro 1: espécies e limites de modificação contratual na Lei nº 8.666

	Unilateral	Consensual
Quantitativa	- Acréscimos e supressões sujeitos aos limites de 25% do valor inicial do contrato e, excepcionalmente, de 50% para supressão em reforma;	- Acréscimos sujeitos aos limites de 25% do valor inicial do contrato; - Supressões não sujeitas aos limites percentuais.
Qualitativa	- Sujeita-se aos limites de 25% do valor inicial do contrato e, excepcionalmente, de 50% para supressão em reforma	- Faculdade de ultrapassar os limites percentuais se cumpridos requisitos do TCU.

Fonte: elaboração própria

No tocante à duração dos contratos, a Lei nº 8.666/1993 é igualmente rígida. Nos termos do art. 57 da lei, a duração fica adstrita à vigência de créditos orçamentários, salvo em raras situações excepcionais. Ainda assim, mesmo nas condições excepcionalíssimas, verifica-se que o período máximo do contrato chegaria a 120 meses ou dez anos (art. 57, inciso V em conjunto com o art. 24, incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI).

Todos os prazos de duração previstos no art. 57 se referem exclusivamente a contratos instrumentais. As razões para os prazos curtos desses contratos são simples: eles são de menor complexidade e envolvem menos investimentos que

as delegações de serviços públicos. Por esses e outros motivos, não é cabível sustentar a extensão das regras do art. 57 aos módulos concessórios. Por serem mecanismos de concretização de política pública, as concessões assumem natureza relacional e duram geralmente inúmeras décadas, não se limitando pela legislação orçamentária, nem pelo mandato dos governantes. Destarte, conquanto por eventualidade inexistir norma legal sobre a duração da concessão em determinado setor, o art. 57 não deverá incidir subsidiariamente.

No que se refere à prorrogação dos contratos instrumentais, a conclusão é distinta. Por sua natureza, as situações previstas no art. 57, § 1º e § 2º valerão igualmente para os módulos concessórios na falta de norma legal ou contratual, porém de maneira não taxativa. De acordo com os mencionados parágrafos, a prorrogação contratual: (i) poderá atingir não apenas a execução, mas também a conclusão e a entrega; (ii) não afetará o equilíbrio econômico-financeiro; (iii) deverá ser justificada previamente e por escrito pela autoridade contratante e (iv) terá sua validade condicionada à ocorrência de algumas das seguintes causas: alteração do projeto ou especificações, pela Administração; superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato; impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

3.6 Grau de incidência dos art. 65 e 57 da Lei 8.666 às concessões

Apresentados os regimes das concessões comuns, das parcerias público-privadas e dos contratos instrumentais, é hora de se retomar a pergunta central da consultante. Se e em que medida as normas sobre alteração e prorrogação contratual presentes respectivamente nos art. 65 e 57 da Lei n. 8.666/1993 incidem sobre contratos de concessão comum e de parceria público-privada na área de saneamento básico? Como deve ser interpretado o art. 124 da Lei nº 8.666/1993, se-

gundo o qual “aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto”?

Para se responder a essas indagações, há que considerar que:

- (i) O art. 124 da Lei nº 8.666/1993 é bem explícito ao afirmar que poderão ser estendidos às concessões somente “os dispositivos desta Lei *que não conflitem* com a legislação específica sobre o assunto” (g.n.). O legislador andou bem ao deixar claro que os dispositivos jamais se aplicarão caso entrem em choque com as normas especiais implícitas ou explícitas.
- (ii) O artigo 124 deve ser interpretado da seguinte forma: quando houver real lacuna na legislação específica, os módulos concessórios somente se sujeitarão às normas dos contratos instrumentais que se harmonizem com a lógica dos ajustes de delegação de serviços. Segue-se aqui a norma de colisão tradicional: a norma especial prevalece sobre a mais geral.
- (iii) A antinomia impeditiva da incidência subsidiária da Lei nº 8.666 existirá tanto quando houver uma regra especial na legislação de concessões ou de PPP em sentido contrário, quanto na situação em que a regra daquela lei não se harmonizar com a lógica do módulo concessório (violação da regra da pertinência).
- (iv) Essa segunda ressalva tem fundamento legal expresso. De acordo com o art. 1º da Lei nº 8.987/1995: “As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas *legais pertinentes* e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos” (g.n.).
- (v) A exigência de pertinência como requisito da aplicação subsidiária de normas da Lei nº 8.666 a concessões ainda se mostra necessária pelo fato de que, como se demonstrou, a doutrina hoje reconhece inúmeros módulos convencionais no direito administrativo e claramente diferencia, por sua função e regime, os módulos instrumentais (regidos pela Lei nº 8.666/1993) dos chamados módulos concessórios.

Nesse particular, vale resgatar a advertência de Marçal Justen Filho quando diz que “a mutabilidade da concessão não pode ser enfrentada com os mesmos critérios atinentes àquela consagrada a propósito dos demais contratos administrativos. As condições de desempenho da atividade objeto da concessão são essencialmente mutáveis, tal como se passa com o serviço público prestado diretamente pelo próprio Estado”.⁴⁰

- (vi) Por conta das distinções funcionais, é natural que o legislador não trate de todos os temas da mesma forma para ambos os tipos de contratos públicos. Exigir a padronização dos regimes dos módulos instrumentais e dos módulos concessórios pela incorreta aplicação do art. 124 da Lei nº 8.666/1993 a qualquer assunto significa negar a essência e a função de cada tipo contratual.
- (vii) Em síntese, é possível afirmar que a aplicação subsidiária de normas dos contratos instrumentais aos contratos de concessão com suporte no art. 124 da Lei nº 8.666/1993 requer um método baseado em três perguntas: a) existe norma especial, por exemplo sobre modificação e prorrogação, na legislação de concessões?; b) a eventual ausência de norma na legislação de concessão se justifica diante do tipo e da função das concessões?; c) configurada uma verdadeira lacuna, a extensão da norma dos contratos instrumentais é pertinente, ou seja, harmoniza-se com a lógica das concessões e soluciona adequadamente o problema?

A partir desse método é possível sustentar que, embora a classificação teórica das modificações contratuais (qualitativas/quantitativas ou unilaterais/consensuais) valha igualmente para contratos instrumentais e concessórios, as normas do art. 65 da Lei nº 8.666 – que criam limites de alteração, por exemplo, de contratos de obras e prestação de serviços – não se aplicam subsidiariamente às concessões comuns e às PPP. Em primeiro lugar, a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.079/2004 trataram do assunto e permitem ampla modificação para fins de recomposição do equilíbrio econômico financeiro. Em segundo, propositalmente,

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009, p. 76.

o legislador entendeu incabível determinar limites baseados no valor do contrato de concessão para as alterações, consensuais ou não.

Em terceiro lugar, a sistemática da Lei nº 8.666/1993 não se harmoniza com os módulos concessórios, já que, entre outras coisas, pauta-se no valor do contrato, que é o mero valor da remuneração do ente público contratante ao contratado, diferentemente dos contratos de concessão, cujo valor é de difícil ou quase impossível definição, na medida em que se trata de ajuste de longo prazo, cujo retorno é de previsibilidade questionável. Em quarto, as normas da Lei nº 8.666 sequer teriam efeitos práticos para parte significativa dos casos, pois, como se viu, o TCU entende que, sob determinadas condições, os limites sequer incidem sobre alterações qualitativas consensuais, exatamente as mais comuns em matéria de reequilíbrio em concessões.

Esse posicionamento também se encontra em parte da doutrina.⁴¹ Marçal Justen Filho agrega o seguinte: “a temática da modificação das condições originais da concessão não pode ser enfocada à luz dos limites contemplados do art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666”, pois esses limites se referem a contratos de natureza específica em que “os recursos pertinentes à contratação são de responsabilidade do Estado”. Segundo o autor, “a fixação dos limites previstos nos aludidos dispositivos reflete uma grande preocupação com o controle dos dispêndios estatais. Isso fica evidente quando se determina a impossibilidade de modificação além de certos limites nem mesmo diante da concordância do particular”.⁴² Como a concessão não envolve transferência de recursos públicos, em grande parte das situações, “não há necessidade de estabelecer alguma forma de limitação ao desembolso estatal derivado de alterações contratuais”. Por isso, Justen Filho compartilha o entendimento de que as limitações do art. 65 não se estendem à concessão.

No tocante às normas de definição de prazo contratual previstas no art. 57 da Lei nº 8.666/1993, a conclusão é idêntica. Para as PPP, seria impossível aplicar

⁴¹ “A ausência de limites para as alterações qualitativas não traduz cheque em branco para o administrador público. Defender a não aplicação do §1º a modificações de ordem qualitativa não equivale a atribuir uma gama de poderes, a serem usufruídos pelo administrador público a seu talante”. CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. *Licitações e Contratos: aspectos relevantes*, 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 32.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009, p. 343-344.

esse dispositivo, pois existe norma especial que, de modo explícito, estabelece o prazo máximo de 35 anos. Aliás, para alguns, até mesmo esse prazo máximo poderá ser extrapolado nas hipóteses excepcionais de reequilíbrio. Nesse sentido, Di Pietro defende que “sendo o prazo do contrato fixado em 35 anos e verificando-se que o mesmo não foi suficiente para recuperação dos investimentos feitos pelo parceiro privado, a prorrogação poderá fazer-se pelo prazo suficiente para que essa recuperação ocorra. Não sendo feita essa prorrogação, caberá ao parceiro privado o direito de pleitear indenização por perdas e danos”.⁴³

Para as concessões comuns, a situação é mais complexa. A Lei nº 8.987/1995 não cria um prazo máximo geral, mas as leis setoriais os estipulam para muitos setores. Caso falte o prazo previsto na legislação setorial ou na lei autorizativa da concessão, então caberá ao contrato sua determinação conforme manda explicitamente o art. 18, inciso I e o art. 23, inciso I da referida lei.⁴⁴ Note-se, mais uma vez, que a falta do prazo não significa lacuna. A Lei de Concessões, nos dois dispositivos mencionados, deixa evidente que tanto o edital quanto o instrumento contratual deverão conter o prazo de duração. Isso demonstra que não há omissão legislativa para fins de aplicação subsidiária do art. 57 da Lei nº 8.666/1993.

Ainda que lacuna houvesse, os prazos previstos na Lei n. 8.666/1993 continuariam sendo inextensíveis às concessões por ausência de cumprimento do requisito de pertinência. Como bem explica Jacintho Arruda Câmara, “há uma racionalidade empregada ao longo do art. 57 da Lei 8.666/1993. Os prazos de vigência dos contratos estão vinculados à duração de créditos ou planos orçamentários. O sistema de limitação de prazos contratuais só faz sentido quando aplicada a contratos que sejam fonte de despesas orçamentárias. É o que se observa com contratos de empreitada; em contratos de fornecimento de bens; em contratos de prestação

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 170.

⁴⁴ Segundo Marques Neto, o prazo definido no contrato de concessão, na ausência do prazo definido pela Lei n. 8.987/1995, “deve ser estimado observando-se o princípio da economicidade: o prazo deve ser suficiente para que o investimento do particular na obra seja adequadamente remunerado, sem implicar a necessidade de cobrança de preços elevados em demasia para a fruição do bem nem a exploração eterna da obra pelo particular”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 254.

de serviços; e assim por diante” (g.n.).⁴⁵

Não é outra a conclusão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “a omissão do legislador quanto ao limite de prazo das concessões não significa que se devam aplicar os limites estabelecidos pelo art. 57 da Lei nº 8.666. Nesse dispositivo, o objetivo do legislador é o de evitar a celebração de contratos que ultrapassem o exercício financeiro, salvo nas hipóteses expressamente previstas no dispositivo. A ideia evidente é a de impedir o comprometimento de orçamentos dos exercícios subsequentes. Em relação aos contratos de concessão em geral (de serviço público, de obra pública, de uso de bem público), a restrição não se justifica...”.⁴⁶

Mas não é só isso. Referidos prazos seguem uma lógica própria dos contratos instrumentais, ajustes de curto ou, excepcionalmente, médio prazo, que não se destinam a atrair investimentos para serviços de interesse da população e sua respectiva infraestrutura, nem a viabilizar políticas públicas, nem são custeados com recursos de tarifas, receitas alternativas ou subsídios, daí não estarem vinculado a exercícios financeiros. Isso confirma ser insustentável transportar para módulos concessórios prazos reduzidos e rígidos de módulos instrumentais.

No tocante à prorrogação dos prazos, porém, as normas do art. 57, § 1º e § 2º da Lei nº 8.666/1993 incidem subsidiariamente aos contratos de concessão, desde que inexistente norma setorial ou contratual sobre o tema. Como se viu, o art. 57, § 1º enumera os motivos legítimos que ocasionam a prorrogação do prazo contratual inicialmente pactuado por fato da Administração,⁴⁷ caso fortuito e força maior. A princípio, como a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.079/2004 não se dedicam diretamente ao tema e como as situações listadas no art. 57, § 1º se mostram pertinentes à realidade das delegações de serviços públicos, suas normas se

⁴⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. *Tratado de direito administrativo*, vol. VI: licitação e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 342.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 114.

⁴⁷ Vale a ressalva para os casos de prorrogação por fato da Administração: “(...) uma vez apurado que a alteração de prazos (prorrogação ou antecipação) demandada ou ensejada pela Administração, trouxe um ônus não previsto no contrato, alterando as condições econômicas ou financeiras pactuadas, isso fará surgir o poder-dever de se compensar o particular no quanto necessário e suficiente para neutralizar tal oneração”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Alteração de Contrato Administrativo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas essenciais: direito administrativo*, vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1054, g.n.

estendem subsidiariamente, mas sem caráter exaustivo. Já o art. 57, § 2º trata de requisitos formais relativos à prorrogação que decorrem de princípios constitucionais, quais sejam: a motivação escrita (decorrente do princípio da publicidade) e a autorização prévia da autoridade competente (decorrente do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos e da legalidade). Exatamente por isso, na falta de norma específica, eles se mostram completamente pertinentes aos contratos de concessão e, por conseguinte, poderão incidir de modo subsidiário.

4 Respostas

1 - Para os contratos de concessão (Lei Federal nº 8.987/1995) e parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/2004), aplicam-se as regras gerais da Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/1993) nas hipóteses de aditamentos, sendo obrigatório observar os limites de 25% do valor total do contrato para a prestação de serviços e de 50% para as obras?

Não. Os limites para modificação contratual previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993 não se aplicam aos contratos de concessão comum e de parceria público-privada, inclusive na área de saneamento básico. Há ao menos quatro razões a sustentar essa afirmação: (i) a modificação contratual foi objeto da Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.079/2004; (ii) o Congresso entendeu incabível determinar limites baseados no valor do contrato de concessão para as alterações, consensuais ou não, daí porque não previu limites na legislação específica; (iii) a sistemática da Lei nº 8.666/1993 não se harmoniza com os módulos concessórios; e (iv) ainda que se aplicassem, o TCU entende que, sob determinadas condições, os limites sequer incidem sobre alterações qualitativas consensuais. Em apertadíssima síntese, a aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/1993, com base em seu art. 124, para reger modificações de obrigações e prazos de duração de contratos de concessão comum ou PPP é completamente descabida, já que não existe verdadeira lacuna e extensão das normas violaria a regra geral da pertinência. Os contratos de concessão se caracterizam por longo prazo, permeabilidade a inúmeros interesses, relação com a concretização de políticas públicas e natureza relacional, traços que, dentre outros, conferem-se lhe especial grau de mutabilidade e os afastam da categoria dos contratos instrumentais regidos pela Lei nº 8.666/1993.

2 – Como deve ser interpretado o art. 124 da Lei de Licitações e quais são os critérios gerais para se aplicar subsidiariamente uma norma relativa a contratos de prestação de serviços e de obras (da Lei nº 8.666) a contratos de concessão (regidos pela Lei nº 8.987) e parcerias público-privadas (disciplinadas pela Lei nº 11.079)?

A aplicação subsidiária de normas dos contratos instrumentais (disciplinados pela Lei nº 8.666/1993, como os contratos de obra e de prestação de serviços) aos contratos de concessão (concessão comum ou PPP) com suporte no art. 124 da Lei nº 8.666/1993 requer que se verifique o seguinte: (i) inexistência de uma norma especial, explícita ou implícita, sobre o assunto na legislação de concessões, inclusive no âmbito setorial; (ii) a lacuna não se justifica diante do tipo e da função dos módulos concessórios; (iii) a aplicação subsidiária da norma respeita a regra da pertinência, ou seja, harmoniza-se com a natureza, a função e o regime das concessões, sobretudo sua ampla mutabilidade e seu caráter relacional (regra da pertinência, ancorada no art. 1º da Lei nº 8.987/1995). Somente quando observados cumulativamente esses três requisitos, será válida a aplicação de regras criadas para módulos instrumentais a contratos de concessão comum e de parceria público-privada, como os firmados no setor de saneamento básico e regulados pela ARES/PCJ.



Thiago Marrara

Professor de Direito Administrativo

USP/FDRP