

A cláusula de “desconto de reequilíbrio” nos Editais de Licitação para Concessão de Rodovias Federais

Antônio Carlos Cintra do Amaral

No Comentário anterior, mencionei a cláusula de “*desconto de reequilíbrio*”, que costuma constar de editais de licitação para concessão de rodovias federais. Disse que, em minha opinião, essa cláusula é ilegal. Indagaram-me por quê. Respondo objetivamente à indagação formulada.

O concessionário é obrigado a prestar **serviço adequado** (art. 6º da Lei 8.987/95). O desconto de reequilíbrio parte da premissa de que, se o concessionário presta serviço inadequado, sua remuneração (tarifa) pode ser proporcionalmente reduzida. Isso é ilegal. Se o serviço público prestado pelo concessionário não é **adequado**, o concessionário deve ser sancionado com as penas legais e contratuais, podendo chegar-se, até, à **caducidade** da concessão, nos termos do § 1º do art. 38 da mesma Lei 8.987/95, especialmente seu inciso I.

Os defensores do “*desconto de reequilíbrio*” parecem confundir **usuário de serviço público** com **consumidor**. Provavelmente por isso, implícita ou explicitamente aplicam a regra do § 1º, inciso III, art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

“§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

.....

III - o abatimento proporcional do preço.”

Mas o **usuário de serviço público não é consumidor**, como venho sustentando há mais de 10 (dez) anos (v. “*Concessão de Serviços Públicos*”. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012, pp. 111/122). **O serviço concedido continua a ser público**. Privatizado é

seu **exercício**, e não sua **titularidade**. E o interesse público, ao contrário do interesse privado, é indisponível, ensina **Celso Antônio Bandeira de Mello**.

A opinião ora sustentada diverge do Acórdão nº 2759/2012 – TCU – Plenário, de 10/10/2012. Nesse acórdão, o TCU admite o “*desconto de reequilíbrio*” como um mecanismo que reduza a tarifa básica de pedágio, na hipótese de os indicadores de desempenho no contrato não serem alcançados pelo concessionário. Nesses casos, porém, entendo que ocorre **descumprimento de contrato**, e não desequilíbrio econômico-financeiro. O desequilíbrio pressupõe a ocorrência de um “*Fato da Administração*”, um “*Fato do Príncipe*” ou um fato incluído na “*Teoria da Imprevisão*” (força maior, caso fortuito, interferência imprevista etc.). Das duas, uma. Se não ocorre um desses fatos, o que se verifica é pura e simplesmente o descumprimento do contrato por parte do concessionário. Se ocorre, não se pode falar no eventual desequilíbrio do contrato como sendo **em favor do concessionário**, e sim do poder concedente, hipótese em que não há como reduzir a tarifa, providência que aumentaria o desequilíbrio em desfavor do concessionário.

Em outras palavras: se o concessionário não alcançou os indicadores de desempenho previstos no contrato, ou isso decorreu de fato superveniente e imprevisível, incluído na **álea extraordinária do contrato**, ou não. No primeiro caso, pode ter havido uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato **em desfavor do concessionário**. No segundo caso, o que ocorreu foi **descumprimento do contrato** pelo concessionário. Em nenhum dos dois casos cabe **reduzir** a tarifa. No primeiro, a solução adequada seria **majorar** a tarifa, e não **reduzi-la**. No segundo, devem ser aplicadas as sanções previstas em Lei e no contrato.

O poder concedente não pode tolerar o descumprimento do contrato pelo concessionário. Se o fizer, estará ferindo, no mínimo, o princípio constitucional da isonomia, basilar nas licitações públicas. Além de ilegal, a medida será, portanto, inconstitucional.