

CadernosFGVDIREITORIO

SérieClínicas

Educação e Direito - Volume 07 - 2016

Tema: Direito e Regulação das Concessões Verdes:
Possibilidade de Alteração de Indicadores
Classificatórios de Desempenho de Contrato
de Concessão Florestal



A M A T A

 FGV DIREITO RIO

CadernosFGVDIREITORIO

SérieClínicas

Educação e Direito - V. 07 - Rio de Janeiro - 2016

**APRESENTAÇÃO DOS CADERNOS FGV DIREITO RIO
SÉRIE CLÍNICAS**
André Mendes

INTRODUÇÃO — A FLORESTA EM PÉ
André Mendes

**VISÃO DA CLÍNICA: É JURIDICAMENTE VIÁVEL
ALTERAR INDICADORES DE DESEMPENHO EM CONTRATOS
DE CONCESSÃO FLORESTAL**
Marcelo R. Lennertz

**VISÃO DO PARCEIRO: DESAFIOS CONTRATUAIS
ENFRENTADOS PELA AMATA NA PRIMEIRA CONCESSÃO
FLORESTAL DO PAÍS**
Luciano Budant Schaaf
Matheus Felipe Zonete
Patrick Reydam

**PARECER JURÍDICO: VIABILIDADE JURÍDICA DA
APRESENTAÇÃO AO SFB DE PEDIDO DE ALTERAÇÃO
DE INDICADORES CLASSIFICATÓRIOS DO CONTRATO
DE CONCESSÃO FLORESTAL Nº 001/2008, REFERENTE
À FLORESTA NACIONAL DO JAMARI - RO**
Clínica LADIF - Laboratório de Assessoria Jurídica
em Direitos Fundamentais
Supervisor da Clínica - Marcelo R. Lennertz

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

CADERNOS FGV DIREITO RIO – SÉRIE CLÍNICAS

**DIREITO E REGULAÇÃO DAS CONCESSÕES VERDES:
POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE INDICADORES
CLASSIFICATÓRIOS DE DESEMPENHO DE
CONTRATO DE CONCESSÃO FLORESTAL**

EDIÇÃO FGV Direito Rio

Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento pela mesma Licença



Impresso no Brasil / *Printed in Brazil*

Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2016

Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial da FGV Direito Rio, e consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Organização: André Pacheco Teixeira Mendes

Produção executiva: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thaís Mesquita

Capa: FGV Direito Rio

Diagramação: Leandro Collares - Selênia Serviços

1ª revisão: Renata Sangeon

2ª revisão: Vânia Castro Azevedo

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Direito e regulação das concessões verdes: possibilidade de alteração de indicadores classificatórios de desempenho de contrato de concessão florestal / Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. - Rio de Janeiro : Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016.
68 p. - (Cadernos FGV DIREITO RIO. Clínicas; 7)

Em parceria com Clínica LADIF e AMATA S.A.
Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-63265-70-8

1. Direito ambiental. 2. Florestas - Legislação. 3. Florestas - Conservação. 4. Serviço Florestal Brasileiro. I. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. II. Série.

CDD - 341.347

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DOS CADERNOS FGV DIREITO RIO – SÉRIE CLÍNICAS	7
ANDRÉ MENDES	
INTRODUÇÃO – A FLORESTA EM PÉ	9
ANDRÉ MENDES	
VISÃO DA CLÍNICA: É JURIDICAMENTE VIÁVEL ALTERAR INDICADORES DE DESEMPENHO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO FLORESTAL	13
MARCELO R. LENNERTZ	
VISÃO DO PARCEIRO: DESAFIOS CONTRATUAIS ENFRENTADOS PELA AMATA NA PRIMEIRA CONCESSÃO FLORESTAL DO PAÍS	17
LUCIANO BUDANT SCHAAF	
MATHEUS FELIPE ZONETE	
PATRICK REYDAMS	
PARECER JURÍDICO: VIABILIDADE JURÍDICA DA APRESENTAÇÃO AO SFB DE PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE INDICADORES CLASSIFICATÓRIOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO FLORESTAL Nº 001/2008, REFERENTE À FLORESTA NACIONAL DO JAMARI – RO	21
CLÍNICA LADIF – LABORATÓRIO DE APOIO JURÍDICO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS	
SUPERVISOR DA CLÍNICA – MARCELO R. LENNERTZ	

APRESENTAÇÃO DOS CADERNOS FGV DIREITO RIO — SÉRIE CLÍNICAS

Certa vez, em uma conversa com um amigo cineasta, ele comentou: *se os roteiros que eu escrevi não tivessem virado filmes, eles jamais teriam sido lidos*. Se assim é, os trabalhos produzidos pelos alunos como resultado de suas experiências de prática jurídica no estágio jamais serão lidos?

O objetivo dos CADERNOS FGV Direito Rio — *Série Clínicas* consiste em divulgar o trabalho de assessoria e consultoria jurídica prestado pelo Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da FGV Direito Rio, em um quadro de inovação no ensino jurídico.

Os cursos de Direito pelo Brasil tendem a desenvolver o mesmo tipo de estágio em seus núcleos de prática jurídica: atendimentos individualizados, nas áreas cível, penal e trabalhista, com a consequente representação judicial dos cidadãos atendidos.¹

Certamente, essa atividade prática contribui para a formação profissional do aluno. Contudo, o trabalho do advogado não se limita ao atendimento de um cidadão em específico. Não se restringe aos ramos civil, criminal e trabalhista. Não se desenvolve apenas no contexto de processos judiciais.

O advogado presta assessoria jurídica a empresas, associações, ONGs, fundações, empreendedores, instituições públicas e privadas. A advocacia se estende aos campos dos direitos humanos, do direito constitucional, adminis-

1 Como bem observado pelo professor Thiago Bottino, responsável pelo projeto e implantação do NPJ da FGV Direito Rio em 2008: *Esse modelo tradicional está esgotado. Os alunos não ficam satisfeitos nem motivados em realizar essas atividades de prática jurídica porque:*

(1) elas não estão integradas às disciplinas da grade curricular, nem ao perfil do egresso que a faculdade pretende formar;

(2) são práticas judiciais de mínima complexidade (casos de divórcio, despejo, alimentos e demissões trabalhistas, problemas criminais de pequeno potencial ofensivo, etc.) que não preparam o aluno para a prática do mercado, sendo conduzidas de forma burocrática com a única finalidade de atender às exigências da legislação e da OAB;

(3) reproduzem práticas assistencialistas, sobrepõem-se a atividades semelhantes já desenvolvidas pelo Estado (seja a Defensoria Pública, sejam os PROCONS) e não possuem qualquer característica de inovação ou de transformação da realidade social. BOTTINO, Thiago. Prática jurídica qualificada e advocacia de impacto. In: **CADERNOS FGV Direito Rio: Educação e Direito**. V. 6. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, dezembro de 2011, p. 22.

trativo, empresarial, ambiental, regulatório, econômico, e quantos mais ramos a vida social demandar. Para além dos autos judiciais, a atuação advocatícia contempla a negociação, a mediação, a representação em processos administrativos, a consultoria jurídica para formalização de empresas, organizações e negócios, a formulação de pareceres jurídicos, e tantas mais atividades que a vida social demandar.

Por que não viabilizar ao aluno uma prática jurídica que envolva atendimento a coletividades? Que aproxime o aluno a outros ramos do direito? Que apresente ao aluno e nele desenvolva habilidades relativas a outras formas de atuação do advogado?

Em vista disso, na FGV Direito Rio, o desenvolvimento das atividades de estágio tem seu foco em atendimentos não individualizados e de natureza não contenciosa. Trata-se de discutir e atender às demandas que possam produzir impactos nas instituições, na sociedade e no desenvolvimento de políticas públicas, ao contrário de atender especificamente a um cidadão, no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o Programa de Clínicas Jurídicas do NPJ da FGV Direito Rio é exemplo genuíno de inovação no ensino jurídico e no desenvolvimento de habilidades profissionais do aluno em formação. Habilidades cada vez mais exigidas pelo mercado de trabalho.

Ao longo de seu funcionamento, o programa contou com trabalhos originais elaborados pelos alunos, sempre supervisionados por advogados qualificados. Realizadas em áreas distintas, essas atividades de assessoria e consultoria jurídicas aguardam a consolidação de seus resultados, merecendo ser compartilhadas com a comunidade acadêmica e jurídica. E o espaço para essa consolidação é precisamente nos CADERNOS FGV Direito Rio — *Série Clínicas*. Como parte de uma iniciativa inovadora da FGV Direito Rio, esperamos que esses trabalhos possam ser *lidos*, como o são os roteiros que viram filmes. Por que não?

André Pacheco Teixeira Mendes
Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica

INTRODUÇÃO — A FLORESTA EM PÉ

A gestão sustentável das florestas é um desafio para o mundo. Evitar a degradação e o desmatamento é um compromisso global. No aspecto social, o gerenciamento sustentável dos recursos florestais deve contribuir para meios de subsistência, geração de renda e emprego. No nível ambiental, deve contribuir para a conservação do solo, do ar, da água e da biodiversidade. Assim tem recomendado a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO/ONU).¹ Impedir a devastação, o desenvolvimento desordenado de atividades e a exploração irresponsável da natureza é um imperativo que exige arranjos institucionais e legais específicos, especialmente no contexto do respeito aos direitos das populações locais.

Nesse contexto, a lei federal nº 11.284/2006 estabelece um modelo regulatório possível. Não necessariamente o melhor. Versa sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, instituindo, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro (SFB).² Por meio do instituto jurídico da concessão florestal, o poder público delega a um ente particular o direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços em uma área definida.³

Compatibilizar proteção de ecossistemas, uso racional de recursos naturais, preservação de direitos de comunidades locais e desenvolvimento econômico sustentável é tarefa complexa. Por isso, a gestão de florestas públicas

1 Cf. *Sustainable Forest Management. Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO)*. Disponível em: <<http://www.fao.org/forestry/sfm/en/>>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

2 BRASIL. LEI Nº 11.284, DE 2 DE MARÇO DE 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111284.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

3 Cf. “Art. 3º. Para os fins do disposto nesta Lei, consideram-se: (...) VII - concessão florestal: delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (...)”. BRASIL. LEI Nº 11.284, DE 2 DE MARÇO DE 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111284.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

deve observância a determinados princípios.⁴ Mas não é só. É necessária uma ação contínua de fiscalização, monitoramento, avaliação de desempenho e aprimoramento de práticas e instituições.

E é nesse quadro que se insere o Volume 7 dos Cadernos FGV Direito Rio – Série Clínicas, que traz um parecer jurídico sobre a *Viabilidade Jurídica da Alteração de Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão Florestal*. O trabalho é resultado da consultoria jurídica prestada pelo Núcleo de Prática Jurídica (NPJ), por meio da Clínica LADIF (Laboratório de Assessoria Jurídica a Direitos Fundamentais), à empresa AMATA S.A., que é responsável pela operação da concessão da Floresta Nacional de Jamari (Unidade de Manejo Florestal – UMF III), localizada no estado de Rondônia.⁵ Comprometida com os valores da sustentabilidade e responsabilidade socioambiental, a “AMATA é a empresa que faz a ponte entre a floresta e o mercado consumidor ao disponibilizar madeira certificada”.⁶

A parceria com a AMATA foi verdadeiramente profícua. O NPJ pôde desenvolver atividade de prática jurídica inovadora em matéria de Direito Regulatório, estando em linha de convergência, inclusive, com o Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio.⁷ O trabalho produzido na Clínica LADIF tem potencial de impacto positivo em políticas públicas e aperfeiçoamentos institu-

4 Cf. “Art. 2º Constituem princípios da gestão de florestas públicas:

I - a proteção dos ecossistemas, do solo, da água, da biodiversidade e valores culturais associados, bem como do patrimônio público;

II - o estabelecimento de atividades que promovam o uso eficiente e racional das florestas e que contribuam para o cumprimento das metas do desenvolvimento sustentável local, regional e de todo o País;

III - o respeito ao direito da população, em especial das comunidades locais, de acesso às florestas públicas e aos benefícios decorrentes de seu uso e conservação;

IV - a promoção do processamento local e o incentivo ao incremento da agregação de valor aos produtos e serviços da floresta, bem como à diversificação industrial, ao desenvolvimento tecnológico, à utilização e à capacitação de empreendedores locais e da mão de obra regional;

V - o acesso livre de qualquer indivíduo às informações referentes à gestão de florestas públicas, nos termos da Lei no 10.650, de 16 de abril de 2003;

VI - a promoção e difusão da pesquisa florestal, faunística e edáfica, relacionada à conservação, à recuperação e ao uso sustentável das florestas;

VII - o fomento ao conhecimento e a promoção da conscientização da população sobre a importância da conservação, da recuperação e do manejo sustentável dos recursos florestais;

VIII - a garantia de condições estáveis e seguras que estimulem investimentos de longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação das florestas.” BRASIL. LEI Nº 11.284, DE 2 DE MARÇO DE 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111284.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

5 Os resultados econômicos das concessões florestais podem ser encontrados no seguinte endereço do SFB: <http://www.florestal.gov.br/concessoes-florestais/beneficios-economicos/resultados-economicos>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

6 Cf. <http://amatabrasil.com.br/quem-somos/nosso-negocio>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

7 Cf. <http://direitorio.fgv.br/mestrado>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

cionais relativos à regulação ambiental. Um resultado que está em consonância com os valores que pautam a atuação do NPJ. A atividade proporcionou aos alunos e alunas oportunidade única de conhecimento e prática sobre assunto pouco explorado nos bancos dos cursos de Direito.

Nesse particular, durante os dois semestres letivos de 2015, 24 (vinte e quatro) alunos e alunas participaram da elaboração do parecer no âmbito da Clínica. Leram, escreveram, participaram de reuniões, *calls*, acertaram, erraram, aprenderam, cresceram. Foram eles e elas:

2015.1	2015.2
Ana Clara de Oliveira Celestino Faria	Arthur Lardosa dos Santos
Bárbara Maria Pinto Nascimento Gomes	Carolina Pfeiffer Figueiredo
Beatriz Laus Marinho Nunes	Eduardo Campelo de Sá Pereira
Giselle Barbosa Sampaio	João Henrique Senos de Alencar Arrais
Gustavo de Carvalho Zarembe Bezerra	Natália de Carvalho Ribeiro
João Moreno Onofre Barcellos	Raphael Portella Chamma
João Pedro Fontes Zagni	Vitor Nogueira da Gama Couto
Juliana Freire Antoniol	
Luana Vieira Coelho Gumes	
Luíse Leite Guimarães	
Maisa Bernachi Baptista	
Maria Fernanda Costa Pinto Cabral de Oliveira e Souza	
Mariana Alves Zanelli Amaral	
Mariana Ribeiro da Cunha Lobo	
Rafael Viana de Figueiredo Costa	
Rebecca Jardim de Barros	
Vanderson Maçullo Braga Filho	

Nesta oportunidade, aproveitamos para agradecer o trabalho em conjunto com a AMATA, especialmente na pessoa de Luciano Budant Schaaf. E, ainda, saudar a atuação do professor Marcelo Lennertz, que, com talento, competência e dedicação, conduziu a atividade de modo irrepreensível, brindando-nos com um material de excelência que ora se divulga.

Esperamos que a publicação permita avanços quanto aos desenhos institucionais possíveis para a gestão de florestas públicas. Contra a exploração ilegal, a degradação e a utilização desmesurada das florestas. Afinal, o valor que a floresta em pé representa é alto.⁸

André Pacheco Teixeira Mendes
Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica
Setembro de 2016

8 Cf. <http://amatabrasil.com.br/quem-somos/manifesto>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

VISÃO DA CLÍNICA: É JURIDICAMENTE VIÁVEL ALTERAR INDICADORES DE DESEMPENHO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO FLORESTAL

I. A Clínica de Direito Regulatório e seus objetivos pedagógicos

A retomada do crescimento econômico do Brasil pressupõe o investimento nos setores de infraestrutura. Diante dos desafios fiscais atualmente enfrentados pela Administração Pública brasileira nos níveis federal, estadual e municipal, é inevitável que o capital privado seja envolvido nesse processo.

Porém, é condição para a atração do setor privado que esses projetos públicos de infraestrutura sejam adequadamente estruturados, de modo a propiciar o retorno esperado em contrapartida às obrigações e riscos assumidos pelo investidor. Também é essencial que o investidor privado possua clareza quanto às regras que disciplinarão sua relação com a Administração Pública durante toda a vida do projeto.

Nesse contexto, a Clínica de Direito Regulatório foi criada com o objetivo pedagógico de proporcionar aos alunos da FGV Direito Rio experiência prática na assessoria jurídica a empresas (i) que tenham interesse em participar de licitações de concessões ou Parcerias Público-Privadas (PPPs); ou (ii) que sejam atualmente contratadas da Administração Pública. Sua atuação tem como foco a solução de problemas enfrentados por essas empresas em sua relação com o Poder Concedente e/ou com a entidade responsável pela regulação das atividades por elas desempenhadas e pela fiscalização do cumprimento do disposto no respectivo contrato de concessão.

II. A parceria entre a Clínica de Direito Regulatório e a AMATA

Para o cumprimento do objetivo pedagógico da Clínica de Direito Regulatório, era fundamental, no entanto, não apenas que se formalizasse uma parceria com uma empresa que precisasse endereçar questões específicas de sua relação com o poder público, mas, principalmente, que essa empresa estivesse disposta a contribuir com a formação dos alunos da FGV Direito Rio. Nesse sentido, não poderia haver melhor parceiro para a Clínica de Direito Regulatório do que a AMATA.

Criada com o propósito de manter em pé as florestas brasileiras, por meio do manejo florestal sustentável de produtos madeireiros, a AMATA se tornou, ainda em 2008, através de licitação promovida pelo Serviço Florestal Brasileiro (SFB), concessionária florestal da Unidade de Manejo Florestal (UMF III) na Floresta Nacional (Flona) do Jamari. Sua atuação tem sido marcada pelo compromisso com o desenvolvimento econômico sustentável, a transparência e a busca da excelência nos processos de gestão, valores também compartilhados pela FGV.

III. O caso

O resultado da fiscalização pelo SFB, em 2014, quanto ao cumprimento, em 2013, pela AMATA dos indicadores classificatórios com os quais se comprometeu em sua proposta técnica na licitação indicou o não atingimento de alguns desses parâmetros de desempenho. A avaliação técnica desses indicadores, com base na experiência acumulada pela AMATA e pelo próprio SFB nas demais concessões florestais em vigor, revelou, no entanto, que a realidade das operações de manejo florestal sustentável não confirmou muitas das expectativas que orientaram a estruturação do processo de concessão da UMF III da Flona do Jamari.

Assim, de modo a tornar possível a avaliação do desempenho da AMATA a partir das reais condições que determinam sua operação na Flona do Jamari e das melhores práticas consolidadas no programa federal de concessões florestais geridas pelo SFB, é preciso reformular alguns dos indicadores classificatórios constantes de seu contrato de concessão florestal.

IV. A assessoria jurídica prestada pela Clínica de Direito Regulatório

A estratégia proposta pela Clínica de Direito Regulatório e acolhida pela AMATA foi a elaboração de ofício dirigido ao SFB solicitando a alteração de indicadores classificatórios específicos. O pedido da AMATA se apoia em dois anexos ao ofício: (i) Relatório de Fundamentação Técnica e Econômico-Financeira do Pedido de Alteração dos Indicadores Classificatórios da AMATA, desenvolvido pela equipe da AMATA, e (ii) Parecer sobre a Viabilidade Jurídica da Alteração de Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão Florestal, elaborado pela Clínica de Direito Regulatório.

O produto específico da assessoria jurídica prestada pela Clínica de Direito Regulatório consistiu, portanto, na elaboração do parecer a seguir disponibilizado, que atesta a viabilidade jurídica do pedido de alteração dos indicadores classificatórios apresentado ao AMATA pelo SFB.

O desenvolvimento desse trabalho contou com a colaboração dos alunos integrantes da Clínica de Direito Regulatório da FGV Direito Rio, que realizaram pesquisas doutrinárias e de jurisprudência, redigiram trechos do documento e puderam interagir com a equipe da AMATA através de duas videoconferências e três teleconferências realizadas ao longo do semestre.

Além de parabenizar a todos os alunos envolvidos, aproveito para agradecer ao professor André Pacheco Teixeira Mendes, coordenador do Núcleo de Prática Jurídica — NPJ da FGV Direito Rio, pelo apoio incondicional que nos dispensou para viabilizar a formalização da parceria e a entrega e publicação de seu produto final, e a toda equipe da AMATA envolvida nesse projeto — em especial, Luciano Budant Schaaf, Matheus Zonete e Patrick Reydams —, que, desde o início, confiou na proposta da Clínica de Direito Regulatório.

Marcelo Rangel Lennertz
Supervisor da Clínica de Direito Regulatório
Agosto de 2016

VISÃO DO PARCEIRO: DESAFIOS CONTRATUAIS ENFRENTADOS PELA AMATA NA PRIMEIRA CONCESSÃO FLORESTAL DO PAÍS

A manutenção das florestas naturais em pé é o propósito de existência da AMATA. O manejo da floresta Amazônica, junto com o plantio de espécies nativas e exóticas, é uma das formas de garantir isso. Pois, a criação de uma economia de base florestal, ancorada na cadeia de produção de madeira sólida, operando em territórios sustentáveis, propicia a valorização da floresta. E uma floresta com valor não será convertida em outros usos do solo.

Em linha com sua estratégia e amparada pela Lei de Gestão de Florestas Públicas promulgada em 2006, a AMATA participou da primeira concorrência para concessão de florestas públicas realizada em 2008 no país. O lote objeto da concessão constituiu-se de três Unidades de Manejo Florestal (UMF) na Floresta Nacional do Jamari, localizada nos municípios de Itapuã do Oeste e Cujubim, em Rondônia.

A AMATA concorreu para a UMF III de 46.000 hectares junto com mais quatro interessados. Devido à inexecutabilidade técnica de suas propostas, todos os demais concorrentes foram desclassificados, restando apenas a AMATA classificada. O resultado da classificação das propostas técnicas da UMF III foi mantido após julgamento de recursos impetrados por alguns dos concorrentes. Assim, após a abertura da proposta de preço, a AMATA foi homologada como vencedora e assinou em 30 de setembro de 2008 o contrato de concessão pelo período de quarenta anos.

Deste então, a empresa vem operando um plano de manejo florestal sustentável na UMF III e uma serraria em Itapuã do Oeste. Nesse período, já foram alocados mais de R\$ 22 milhões nesta operação em valores atualizados. Esse montante representa a soma dos investimentos e dos resultados negativos acumulados, dado que ainda não foi possível a geração de resultados financeiros positivos com esta operação.

A razão para isso passa pela natural curva de aprendizado de uma operação inédita no país, mas reside, principalmente, na conjuntura do mercado de madeira tropical que é dominado por empresas operando com diferentes graus de ilegalidade ou de falsa legalidade. Destarte, há uma competição desleal que

prejudica as empresas que operam cumprindo a legislação e seguindo as melhores práticas operacionais, socioambientais e de governança corporativa, visto que seus custos operacionais chegam a ser 60% maiores do que aqueles realizados no mercado ilegal ou falso legal.

Neste contexto, as concessões florestais são encaradas pela AMATA como um dos vetores de mudança do cenário atual. Por isso, a empresa engajou-se nesta iniciativa desde o primeiro momento. Todavia, esta caminhada não tem sido fácil.

Uma parte integrante do processo de concessão é o acompanhamento dos indicadores classificatórios conforme a proposta apresentada pela empresa na licitação. Até o momento, foram feitos três monitoramentos anuais pelo Serviço Florestal Brasileiro (SFB), órgão federal do Ministério do Meio Ambiente que representa o poder concedente e é responsável pela administração dos contratos de concessão florestal.

Os resultados desses monitoramentos apontam o descumprimento de alguns dos indicadores classificatórios pela empresa. Uma parte desse descumprimento deve-se ao fato de que parâmetros e referências constantes no edital e utilizados pela empresa para fundamentar sua proposta técnica não foram confirmados durante a fase de execução do contrato. Outra parte deve-se ao caminho natural de erros e acertos de uma atividade pioneira, tanto do ponto de vista da empresa quanto do SFB. Tal processo de aprendizado reflete-se na necessidade de revisão, adequação e, até mesmo, na exclusão de alguns indicadores efetuados pelo SFB nos contratos de concessão subsequentes.

Este cenário foi o pano de fundo para a realização da parceria entre a AMATA e a Clínica de Direito Regulatório do Núcleo de Prática Jurídica da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio), cujo objetivo foi a elaboração de um parecer sobre a viabilidade jurídica da alteração pelo SFB dos indicadores de classificação da proposta técnica da empresa para fundamentar um pedido de Revisão do Contrato dirigido pela AMATA ao SFB.

Para que essa parceria fosse viabilizada, foi imprescindível a atuação do professor Marcelo Rangel Lennertz, tanto no contato inicial e intermediação entre as partes quanto durante o desenvolvimento dos trabalhos. Foram videoconferências, telefonemas e pelo menos duas reuniões presenciais na sede do SFB em Brasília, nas quais a disponibilidade e a participação do professor Marcelo foram fundamentais.

Em duas videoconferências, a AMATA pôde interagir diretamente com os alunos, expondo e contextualizando o problema e dirimindo dúvidas relacionadas ao assunto. Para a AMATA, essas oportunidades proporcionaram momentos únicos para o engajamento e entendimento dos alunos sobre as questões

envolvendo as concessões florestais públicas, o setor privado e seu papel na conservação da Floresta Amazônica.

A formação de capital humano é uma das dimensões que a empresa avalia como resultado de sua atuação. Assim, historicamente, a AMATA tem se relacionado com várias instituições de ensino de primeira linha. Contudo, esta foi a primeira parceria formal com uma instituição de ensino de referência fora do setor florestal, e o resultado mostrou-se bastante satisfatório. A qualidade e profundidade do trabalho desenvolvido superou as expectativas da empresa, que, com base no parecer produzido pelos alunos com supervisão do professor Marcelo, protocolou, em 24 de março de 2016, um pedido de alteração contratual no SFB.

A AMATA ainda aguarda a manifestação formal do SFB quanto à análise do pleito. Mas, está confiante no resultado positivo.

Finalmente, a AMATA gostaria de agradecer à FGV Direito Rio, nas pessoas do Professor André Pacheco Teixeira Mendes, Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica, e do Professor Marcelo Rangel Lennertz, Supervisor da Clínica de Direito Regulatório, pela parceria e espera que a contribuição à formação dos alunos tenha sido profícua.

Luciano Budant Schaaf
Matheus Felipe Zonete
Patrick Reydamas
AMATA
Agosto de 2016

Rio, 30 de novembro de 2015

Ao Sr. Luciano B Schaaf

Planejamento e Tecnologia
AMATA S.A.

Assunto: Parecer Jurídico do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio)

Referência: Cuida-se de solicitação da AMATA S.A. para elaboração de parecer jurídico acerca da viabilidade jurídica da apresentação ao SFB de pedido de alteração de Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão Florestal nº 001/2008, referente à Floresta Nacional do Jamari – RO. O parecer foi elaborado pela área de Direito Regulatório da Clínica LADIF (Laboratório de Assessoria Jurídica em Direitos Fundamentais), no âmbito do NPJ da FGV Direito Rio, nos dois semestres letivos de 2015, tendo contado com a participação de 24 (vinte e quatro) alunos(as) da graduação em direito.

André Pacheco Teixeira Mendes
OAB/RJ nº 148.661
Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica
FGV Direito Rio

PARECER JURÍDICO

Viabilidade jurídica da apresentação ao SFB de pedido de alteração de Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão Florestal nº 001/2008, referente à Floresta Nacional do Jamari — RO

Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas —
FGV Direito Rio
Núcleo de Prática Jurídica — NPJ
Clínica LADIF — Laboratório de Assessoria Jurídica em Direitos Fundamentais /
Área de Direito Regulatório
Supervisor da Clínica — Marcelo Rangel Lennertz

PARECER

I. Contexto e Consulta

1. A **AMATA S.A.** (“AMATA”) celebrou com o Serviço Florestal Brasileiro — SFB (“SFB”), em 30 de setembro de 2008, o Contrato de Concessão Florestal nº 01/2008 (“Contrato de Concessão”). O Contrato de Concessão tem por objeto a exploração de produtos madeireiros e não madeireiros e de serviços de ecoturismo na Unidade de Manejo Florestal — UMF III (“UMF III”), em contrapartida (i) ao pagamento de preços pelos custos do edital de licitação para concessão florestal referente à concorrência nº 01/2007 (“Edital de Licitação”) e pelos produtos e serviços explorados (observado o pagamento de valor mínimo anual), bem como (ii) aos investimentos, operação e manutenção dos bens reversíveis e (iii) à conservação da área integrante da concessão.¹

2. Dentre as obrigações da AMATA na execução do objeto contratual, inclui-se o cumprimento dos “indicadores para Classificação” do Contrato de Concessão (“Indicadores Classificatórios”). Trata-se dos parâmetros de desempenho com os quais comprometeu-se a AMATA em sua proposta técnica na licitação, que se encontram previstos no Anexo 06 do Contrato de Concessão. Seu atendimento pela AMATA é obrigatório, de modo que eventuais descumprimentos podem ensejar a aplicação de penalidade contratual pelo SFB. Diferem-se, portanto, dos denominados “indicadores para Bonificação”, cujo atendimento é facultativo pela AMATA e que geram descontos nos pagamentos devidos ao SFB (“Indicadores Bonificadores”).

3. Em 21 de julho de 2014, em decorrência da fiscalização quanto ao atendimento pela AMATA dos Indicadores Classificatórios, comunicou o SFB, através do Ofício nº 80/2014/GEMAF/SFB/MMA, o descumprimento, no ano de 2013, dos indicadores classificatórios A4 a A9, conforme registrado no Parecer Técnico nº 13/2014/GEMAF/SFB/MMA (“PT 13/2014”) anexo ao referido Ofício.

4. Por meio do Ofício nº 27/2014/AMATA, de 21 de agosto de 2014, a AMATA procurou justificar o não atendimento dos Indicadores Classificatórios apontado na apuração do SFB.

5. Apesar das justificativas apresentadas pela AMATA, o SFB decidiu pela aplicação de penalidade de advertência, com fundamento na Cláusula 9ª, I, do Contrato de Concessão, comunicando-a de tal decisão através do Ofício nº 113/2014/GEMAL/SFB/MMA, de 04 de dezembro de 2014. Destacou-se, porém, que **“a qualquer tempo, a concessionária poderá requerer ajustes contratuais mediante documento adequado para análise por parte do Serviço Florestal Brasileiro”** (grifou-se).²

6. Assim, com o intuito de evitar futuros descumprimentos dos indicadores A5 a A9 do Contrato de Concessão e a consequente aplicação de penalidades pelo SFB, consulta-nos a AMATA sobre a viabilidade jurídica da apresentação ao SFB de pedido de alteração desses Indicadores Classificatórios. Mais especificamente, indaga-nos a AMATA o seguinte:

(i) É viável, juridicamente, a alteração pelo SFB dos Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão — em especial, dos indicadores A5 a A9?

(ii) Caso seja viável, juridicamente, a alteração pelo SFB dos Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão — em especial, dos indicadores A5 a A9 —, de que forma eles podem ser alterados e quais os limites dessas alterações?

7. O Parecer está estruturado da seguinte maneira: Na seção II, analisamos as questões colocadas na consulta à luz do disposto no Contrato de Concessão e da legislação aplicável,³ recorrendo, sempre que cabível, às contribuições da doutrina especializada sobre o tema, bem como à jurisprudência dos tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União (“TCU”) e, ainda, à prática em contratos de concessão celebrados pela Administração Pública em outros setores e à experiência do próprio SFB no desenvolvimento das concessões florestais federais. Na seção III, concluímos, apresentando de forma objetiva as respostas para as questões formuladas na consulta.

II. Análise

8. A análise das questões colocadas na consulta é desenvolvida em três etapas. Na seção II.1, enquadrámos tais questões nas categorias que nos são

oferecidas pelo Direito Administrativo brasileiro. De uma perspectiva mais ampla, a alteração dos indicadores classificatórios do Contrato de Concessão configura hipótese específica de alteração de contrato administrativo. Assim, importa, de início, demonstrar que a *mutabilidade* — i.e., a possibilidade de alteração pela Administração Pública daquilo que foi originalmente ajustado pelas partes — é elemento característico dos contratos administrativos — e, portanto, também dos contratos de concessão —, embora a viabilidade jurídica das alterações a contratos celebrados entre Administração Pública e particulares tenha como pressuposto o atendimento a certos requisitos.

9. Em seguida, na seção II.2, evidenciamos, com base tanto na experiência de outros setores quanto na comparação histórica entre os editais de concessão florestal elaborados pelo próprio SFB, que é comum e até mesmo desejável que indicadores de medição do desempenho de concessionários em contratos de concessão sejam alterados para se adaptar às circunstâncias fáticas que se apresentam em cada caso. Trata-se, a rigor, de medida para dar efetividade aos princípios da eficiência e atualidade do serviço.

10. Por fim, na seção II.3, analisamos, de forma específica, o regime jurídico aplicável a alterações dos Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão, bem como as alternativas de alteração que, com fundamento nesse mesmo regime jurídico, podem ser adotadas pelo SFB.

II.1. A mutabilidade como elemento característico dos contratos de concessão e seus requisitos

11. A mutabilidade⁴ é uma das características distintivas⁵ dos contratos administrativos.⁶ Diferente dos contratos entre particulares, nos quais as alterações são exceção ao princípio da obrigatoriedade das condições pactuadas entre as partes,⁷ nos contratos administrativos “*a modificação contratual é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis*”.⁸

12. Trata-se, na verdade, de consequência lógica do dever da Administração Pública de buscar o arranjo contratual que melhor atenda ao interesse público.⁹ Daí porque ter-se como regra¹⁰ que todo contrato administrativo deva ser alterado — inclusive unilateralmente, pela Administração Pública — para atendimento do interesse público,¹¹ desde que observados os limites impostos pelo ordenamento jurídico a tais alterações e, em especial, o direito do particular à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.¹²

13. Por intermédio da prerrogativa da Administração Pública de alterar contratos administrativos para satisfazer o interesse público, compatibilizam-se, pois, a *conveniência (ou mesmo necessidade) de utilização da capacidade de trabalho e expertise da iniciativa privada pelo Estado* através das contratações públicas e o *princípio da supremacia do interesse público* como pauta da ação administrativa.¹³ Mais do que isso, ao reconectarem o contrato à finalidade que motivou sua celebração pela Administração Pública — evitando, assim, erros, desperdícios e prejuízos causados pela execução inadequada de seu objeto —, tais alterações corporificam, no âmbito da relação contratual, o princípio constitucional da eficiência.¹⁴ De modo que, sempre que o que foi originalmente ajustado precisar de adequação para que se atinja o objetivo almejado com a contratação, estará a Administração Pública obrigada¹⁵ a fazê-lo — unilateralmente ou de forma consensual, conforme o caso.¹⁶

14. Na verdade, não é incomum¹⁷ que, ao longo da execução de um contrato, ocorram essas adaptações em relação ao que foi originalmente ajustado entre as partes.¹⁸ Dentre outros motivos, as alterações ao contrato podem se mostrar necessárias¹⁹ em razão do surgimento de novas tecnologias,²⁰ da constatação superveniente de circunstância não conhecida à época da licitação, ou mesmo de circunstância conhecida, mas então subestimada.²¹

15. Certo é que, quanto maiores o *prazo* e a *complexidade* de um contrato, maior a probabilidade de que tenha que ser alterado ao longo de sua execução para se adequar às novas necessidades que, de tempos em tempos, se revelarão às partes.²²

16. Contratos de concessão, pela própria natureza da transação econômica que traduzem, têm prazos maiores e objetos mais complexos que os contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993,²³ sendo, portanto, mais suscetíveis a alterações.

17. Nos setores clássicos de infraestrutura — por exemplo, nos setores de petróleo, rodovias, ferrovias e aeroportos — a necessidade de prazos mais longos está ligada à estrutura econômico-financeira das concessões. Exige-se da concessionária, logo nos primeiros anos da execução contratual, a realização de investimentos significativos, que somente serão amortizados e remunerados no longo prazo, por meio da exploração econômica da atividade concedida.²⁴ O prazo da concessão é, nesse sentido, definido em função do período de exploração necessário para que a concessionária consiga remunerar-se suficientemente para desenvolver de forma adequada a atividade concedida,

arcando com os custos da operação e com o pagamento do serviço da dívida contraída junto a financiadores, amortizar os investimentos realizados e obter certo nível de retorno exigido por seus acionistas. Por esta razão, é comum que o prazo dos contratos de concessão nesses setores seja superior a vinte anos.²⁵

18. Nas concessões florestais com exploração de produtos madeireiros, a necessidade de prazos contratuais extensos tem como fundamento adicional a obrigatoriedade de se observar o ciclo de corte das espécies madeireiras exploradas, a fim de permitir a recuperação da floresta na respectiva unidade de manejo florestal.²⁶ Por esta razão, os contratos de concessão florestal até hoje celebrados pelo SFB têm prazo de 40 (quarenta) anos — prazo máximo admitido por lei.²⁷

19. Já a maior complexidade do objeto dos contratos de concessão decorre da transferência conjunta, à concessionária, das atividades de investimento — normalmente, a implantação e/ou recuperação de uma infraestrutura — e de prestação e exploração do serviço concedido — a operação e manutenção da infraestrutura objeto do investimento. Nos contratos de concessão florestal, por exemplo, ficam os concessionários responsáveis por atividades de investimento (notadamente, nos bens reversíveis, como a demarcação da respectiva unidade de manejo florestal — quando prevista essa obrigação — a infraestrutura de acesso da Flona, cercas, aceiros e porteiros, pontes e passagens de nível, infraestrutura de geração e transmissão de eletricidade e comunicação que vier a ser instalada etc.), pela prestação de serviços ligados à conservação e proteção da respectiva unidade de manejo florestal (incluindo prevenção e controle de incêndios) e pela exploração florestal sustentável de produtos madeireiros e não madeireiros, material lenhoso, serviços de ecoturismo, visitação, hospedagem etc.

20. Importante notar que o objetivo dessa transferência conjunta de atividades é gerar incentivos para uma atuação eficiente da concessionária. Tendo em vista que caberá à própria concessionária, durante o prazo de vigência do contrato de concessão, arcar com os riscos gerados pelo investimento que realizou para a prestação e exploração do serviço, não faz sentido que a Administração Pública procure detalhar, na origem da contratação, *obrigações de meio* ligadas à execução do objeto contratual. Ao contrário, a atuação estatal, nesses contratos, deve ter como foco a definição de *obrigações de resultado* para a concessionária e a fiscalização do seu cumprimento. É recomendável, pois, proporcionar à concessionária certa liberdade de escolha quanto às soluções (*obrigações de meio*) mais eficientes de investimento, prestação de serviços e exploração das atividades sob sua responsabilidade.

21. Porém, quanto maior a liberdade que se confere à concessionária, maior tende a ser a complexidade da relação contratual. Assim, enquanto que, nos contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993, existe maior nível de completude na definição das obrigações (inclusive as obrigações de meio) do contratado já na origem da contratação — o que faz com que a interação entre partes se estabeleça pontualmente, sem se prolongar no tempo —, nos contratos de concessão, é menor o nível de detalhamento das obrigações de meio na origem da relação contratual —²⁸ o que requer a interação constante entre as partes durante a execução do contrato para adequar os termos iniciais às contingências que naturalmente decorrem da passagem do tempo.²⁹

22. Percebe-se, portanto, que, em relação aos contratos de concessão, o elemento de mutabilidade dos contratos administrativos torna-se ainda mais relevante:³⁰ assume o caráter de **condição prática indispensável à preservação do vínculo contratual entre Administração Pública e concessionário**.³¹

23. Isso não quer dizer, porém, que inexistam limites às alterações aos contratos de concessão. Se, por um lado, pelas razões já mencionadas anteriormente, é preciso assegurar a mutabilidade dos contratos administrativos em geral, de modo a poder ajustá-los às necessidades de realização do interesse público originalmente almejado com a contratação e promover, assim, o princípio constitucional da eficiência³² da Administração Pública, por outro, há que se cuidar para que o exercício dessa prerrogativa não leve à violação de outros princípios constitucionais — igualmente relevantes — aos quais se submete a atividade administrativa estatal.³³ De fato, a possibilidade de se alterar ilimitadamente os contratos administrativos poderia dar margem a práticas voltadas a burlar os princípios da exigência de licitação prévia,³⁴ da igualdade, da impessoalidade e da moralidade da Administração Pública.³⁵

24. Justamente por isso, tanto doutrina quanto jurisprudência nacionais destacam a existência de limites legais à alteração de qualquer contrato administrativo.³⁶ A incidência desses limites pode variar de acordo com a espécie contratual e conforme as alterações contratuais sejam *qualitativas* — aquelas que decorrem de modificações necessárias nas especificações do objeto para melhor adequação técnica às finalidades do contrato — ou *quantitativas* — aquelas decorrentes da expansão ou supressão da dimensão do objeto contratado.³⁷

25. Em geral, as discussões mais frequentes na doutrina e na jurisprudência dizem respeito aos limites incidentes sobre alterações quantitativas voltadas a viabilizar novos investimentos não previstos originalmente no contrato. Em re-

lação aos contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993, não há dúvidas de que incidem sobre as alterações quantitativas os limites percentuais previstos nos §§1º e 2º do art. 65.³⁸ É controvertida, porém, a incidência destes limites percentuais tanto sobre as alterações qualitativas aos contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993³⁹ quanto sobre as alterações de qualquer espécie aos contratos de concessão.⁴⁰

26. Tal controvérsia não atinge, de todo modo, o presente caso, no qual se analisa a viabilidade jurídica de alteração qualitativa ao Contrato de Concessão. Não se trata de aumento ou redução da dimensão do objeto do Contrato de Concessão (por exemplo, aumento da área da UMF III, proporcionando a expansão do objeto contratual — manejo florestal sustentável), mas de modificações aos parâmetros (i.e., os Indicadores Classificatórios) da fiscalização pelo SFB do cumprimento pela AMATA de *obrigações de meio* voltadas à promoção das *finalidades* da Concessão. Razão pela qual não há que se falar sobre a aplicação dos limites quantitativos da Lei Federal nº 8.666/1993.⁴¹

27. Na verdade, há que se ter como referência na presente análise os limites qualitativos que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece como decorrência do dever constitucional de licitação prévia. Em especial, porque os Indicadores Classificatórios, como já mencionado na seção I, funcionam como critério de julgamento da proposta técnica dos licitantes nos processos de outorga de concessões florestais, atraindo, pois, também a incidência do princípio da vinculação da contratação às condições da licitação.⁴²

28. Isso não quer dizer, no entanto, que tais princípios devam ser considerados isoladamente. Até porque, levada às últimas consequências, a aplicação dos princípios da obrigatoriedade de licitação prévia e da vinculação da contratação às condições da licitação implicaria a vedação a qualquer alteração contratual, o que, como já demonstrado, poderia, em muitas situações, produzir resultados contrários ao interesse público primário.⁴³

29. Casos de alteração de contratos administrativos envolvem sempre um potencial conflito entre os princípios constitucionais da exigência de licitação prévia e da eficiência. Há que se buscar, portanto, a solução que maximize a promoção dos princípios constitucionais em jogo.⁴⁴ O objetivo, por óbvio, deve ser o de viabilizar as alterações necessárias ao atendimento do interesse público, sem abrir espaço para condutas abusivas que violem os princípios que regem a atuação da Administração Pública.⁴⁵

30. Nesse sentido, o primeiro limite a disciplinar as alterações a contratos administrativos é a inevitável demonstração, pelo gestor público, da *necessidade da alteração pretendida para a promoção do interesse público que motivou a contratação*.⁴⁶ A existência de justificativa expressa para a alteração, que aponte as razões específicas que fizeram surgir a necessidade de ajuste ao que foi originalmente estabelecido entre as partes, decorre do próprio dever de motivação⁴⁷ das decisões administrativas pelos gestores públicos e tem a função dupla de viabilizar o controle dos atos administrativos pelas instâncias competentes e de proteger os responsáveis por essas decisões contra qualquer suspeita de ilicitude em suas condutas.

31. Em segundo lugar, é preciso que a causa que justifica a alteração do contrato seja *superveniente* — i.e., tenha *surgido* ou tenha *sido constatada*⁴⁸ somente após a celebração do contrato.⁴⁹ Afinal, se a necessidade de alteração já fosse conhecida previamente à celebração do contrato, deveria ter sido considerada já na sua origem — ainda que isso importasse na necessidade de revogação da contratação e na realização de novo procedimento licitatório. Admitir o contrário significaria assumir postura conivente com as fraudes ao processo licitatório.

32. Em terceiro lugar, a alteração contratual pretendida deve *preservar a natureza do objeto* original do contrato.⁵⁰ Não se admite, por óbvio, que a Administração Pública, sobre o pretexto de adequar o contrato às contingências que se revelaram ao longo de sua execução, desnature o seu objeto, dando-lhe configuração substancialmente distinta da prevista no ato convocatório.⁵¹ A modificação contratual pretendida deverá guardar proporcionalidade com as circunstâncias fáticas e jurídicas verificadas em cada caso.⁵²

33. Em quarto lugar, a decisão de alterar o contrato deve respeitar o princípio da *economicidade*. Isso quer dizer que, sempre que possível, devem ser comparadas, da perspectiva da relação de custo-benefício para a Administração Pública, as opções de alterar o contrato ou de rescindi-lo para, posteriormente, realizar nova licitação e contratação.⁵³ É que, a rigor, a exigência de prévia licitação para a celebração de contratos administrativos tem por finalidade econômica a obtenção da melhor relação custo-benefício para a Administração Pública.⁵⁴ Assim, embora essa tarefa não seja simples, para se verificar se a exigência de prévia licitação constitui impedimento à alteração do contrato, deve-se comparar, em cada caso, no que for possível, o resultado esperado do aditamento contratual com os ganhos que supostamente resultariam para a Administração Pública em realizar a licitação, subtraindo-se os custos de tran-

sação que decorrem do esforço necessário para a realização da própria licitação⁵⁵ e considerando as circunstâncias concretas da alteração a ser realizada.⁵⁶

34. Por fim, deve-se assegurar, em todo caso, que a alteração pretendida não modifique o *equilíbrio econômico-financeiro* do contrato.⁵⁷ Quaisquer desequilíbrios gerados por força de alteração contratual deverão ser neutralizados através da adoção das medidas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro admitidas no próprio contrato e na lei.⁵⁸ Especificamente em relação aos contratos de concessão, é exigência legal que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dê concomitantemente à alteração contratual.⁵⁹

II.1.1. Conclusões parciais

35. Em resumo, portanto, pode-se afirmar que:

- A. A mutabilidade é elemento característico dos contratos administrativos em geral, que adquire relevância ainda maior em relação aos contratos de concessão;
- B. O ordenamento jurídico brasileiro impõe limites sobre as alterações aos contratos de concessão, que decorrem da necessidade de compatibilização dos princípios constitucionais da eficiência e da exigência de prévia licitação para as contratações públicas;
- C. É dever da Administração Pública promover alterações — unilateralmente ou de forma consensual, conforme o caso⁶⁰ — às condições originalmente pactuadas entre as partes em um contrato de concessão quando (a) tais alterações forem necessárias para se atingir a finalidade — i.e., o interesse público — que motivou a contratação e (b) sua necessidade tiver sido constatada posteriormente à data de celebração do contrato de concessão, desde que respeitados (c) a natureza do objeto contratual, (d) o princípio da economicidade dos atos da Administração Pública e (e) a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão.

II.2. A alteração dos indicadores de desempenho de contratos de concessão como concretização dos princípios da eficiência e atualidade do serviço

36. Os indicadores de desempenho têm papel fundamental em um contrato de concessão.⁶¹ Através deles se busca estabelecer as características da atividade a ser desenvolvida pela concessionária.⁶² Isso porque, como já men-

cionado na seção II.1, a estrutura de incentivos gerada nos contratos de concessão pela transferência simultânea ao particular das obrigações de investimento e de operação e manutenção dos bens necessários à exploração da atividade concedida permite que o foco da fiscalização pela Administração Pública quanto ao cumprimento do contrato se concentre sobre os *resultados* obtidos pela concessionária, e não sobre os *meios* escolhidos para alcançar tais resultados.⁶³ Ou seja, os indicadores de desempenho definem os parâmetros a serem considerados pela Administração Pública para fiscalizar o adequado atendimento pela concessionária das finalidades que motivaram a celebração do contrato de concessão.

37. Nesse sentido, é natural que os indicadores de desempenho de um contrato de concessão sejam objeto de alteração contratual em, ao menos, duas situações diferentes:

- Primeiro, quando houver alteração do nível de desempenho demandado da concessionária pela Administração Pública.⁶⁴ Se o resultado esperado da atuação da concessionária muda, por óbvio os parâmetros da fiscalização da Administração Pública que permitirão verificar o atingimento desse resultado terão que mudar;⁶⁵
- Segundo, quando, no decorrer da execução contratual, o indicador de desempenho se revelar inapto como instrumento de avaliação do atendimento pela concessionária da finalidade da concessão. Nesse caso, a alteração requerida poderá variar desde um mero ajuste visando ao aperfeiçoamento do indicador em questão até o seu completo abandono.

38. Na verdade, tanto no primeiro quanto no segundo caso, a alteração dos indicadores de desempenho funciona como medida de concretização do princípio da eficiência e de seu corolário, o princípio da atualidade do serviço.⁶⁶

39. É que, por um lado, os resultados demandados pela sociedade quanto à atuação da concessionária — e, portanto, os parâmetros para a aferição do atingimento desse resultado — mudam conforme se consolidem e se difundam no respectivo setor novas tecnologias, o uso de novos materiais e/ou o emprego de novas técnicas que elevem o padrão de qualidade esperado dos agentes que nele atuam. A desconsideração das inovações havidas no setor e a conseqüente utilização de tecnologias, materiais ou técnicas tidos como obsoletos, tendem a dificultar — ou mesmo a impedir — o atingimento do nível de qualidade (*resultado*) esperado pela sociedade no desenvolvimento

da atividade concedida frente aos custos incorridos, contrariando, portanto, o princípio da eficiência.⁶⁷

40. Por outro lado, é indispensável para se aferir o atendimento pela concessionária das finalidades de interesse público que motivaram a contratação que a fidedignidade dos indicadores de desempenho do contrato de concessão — i.e., sua aderência à realidade — seja constantemente colocada à prova. De maneira que, caso seja constatada a inaptidão de um indicador como instrumento de avaliação do desempenho da concessionária, se promovam imediatamente as alterações necessárias para fazê-lo funcionar adequadamente ou, no limite, para excluí-lo do conjunto de parâmetros que orientam a fiscalização pela Administração Pública. Do contrário, poder-se-ia gerar situação lesiva ao princípio da eficiência, na qual o cumprimento dos indicadores de desempenho pela concessionária não reflete o efetivo atendimento da finalidade da concessão — seja porque o indicador foi mal “calibrado”, ou mesmo porque através dele não se consegue capturar adequadamente as variáveis que caracterizam o sucesso ou fracasso da concessionária em entregar o resultado que dela se espera.

41. Nesta seção, demonstramos, pois, que, para dar efetividade aos princípios da eficiência e da atualidade do serviço, é necessário que se admita a possibilidade de que os indicadores de desempenho de contratos de concessão sejam alterados pela Administração Pública. É isso que se percebe tanto do exame dos contratos de concessão celebrados pela Administração Pública federal em outros setores (II.2.1) como da análise da experiência do próprio SFB com seu programa de concessões florestais (II.2.2).

II.2.1 Alterações aos indicadores de desempenho dos contratos de concessão federais nos setores de energia elétrica, telecomunicações, petróleo, rodovias e aeroportos

42. Desde os anos 1990 até hoje, a execução do Programa Nacional de Desestatização⁶⁸ resultou na celebração de contratos de concessão em diferentes setores, como os de energia elétrica, telecomunicações, petróleo, rodovias e aeroportos. Não é nosso objetivo explorar as características dessas concessões. Importa aqui tão somente demonstrar que, em todos esses setores, se previu, de forma mais ou menos abrangente, a possibilidade de alteração dos indicadores de avaliação do desempenho da concessionária ao longo do período de vigência dos contratos de concessão. Como é comum que os contratos de concessão em cada setor sejam padronizados a partir de um mesmo modelo de minuta, o conteúdo das cláusulas contratuais a seguir reproduzido,

embora tenha sido retirado dos exemplos específicos que citamos, se repete em vários outros contratos dentro do mesmo setor.

43. As concessões no setor de energia elétrica se dividem entre os segmentos de geração, transmissão e distribuição. Nesses três segmentos é possível identificar, nos contratos de concessão, cláusulas que preveem a possibilidade de alteração aos indicadores de desempenho.

44. Assim é que, no segmento de geração, encontra-se previsto que a concessionária “fica obrigada a manter os Padrões de Qualidade do Serviço de Exploração de Geração de Energia Elétrica”, conforme definidos por ato do Operador Nacional do Sistema – ONS, no contrato de concessão e em resolução normativa da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (“ANEEL”) vigente à época da celebração do contrato de concessão, ou em **“regulamento superveniente”** (grifou-se).⁶⁹ Além disso, “[n]as Revisões Tarifárias Periódicas a **ANEEL poderá estabelecer novos critérios, indicadores, fórmulas, parâmetros e padrões definidores da Qualidade do Serviço (...), por meio de Resolução Normativa**” (grifou-se).⁷⁰

45. No segmento de transmissão, encontra-se prevista, dentre as obrigações da concessionária “com a qualidade do serviço concedido”, a obrigação de “atender aos indicadores de desempenho estabelecidos nos PROCEDIMENTOS DE REDE e suas revisões” (grifou-se).⁷¹ No mesmo contrato, ainda se prevê a possibilidade de que a ANEEL determine **“novos padrões de desempenho técnico”** (grifou-se) a serem atendidos pela concessionária, por meio de regulamento ou resolução específica.⁷²

46. Finalmente, no segmento de distribuição, em função da **“necessidade de adequação dos padrões e indicadores”** (grifou-se) e “buscando atender aos requisitos de qualidade crescente demandados pela sociedade”, prevê-se o compromisso das concessionárias de **“acatar qualquer alteração, através de norma de caráter geral, estabelecida pela ANEEL para estes indicadores ou outros que venham a ser implantados com seus respectivos padrões”** (grifou-se). De modo que **“os critérios, indicadores, padrões e fórmulas definidores da qualidade da prestação dos serviços e penalidades pelo seu descumprimento (...) poderão ser objeto de alteração, a qualquer tempo, a critério da ANEEL”** (grifou-se).⁷³

47. No setor de telecomunicações, os contratos de concessão do serviço telefônico fixo comutado – STFC seguem modelos de minuta estabelecidos

pela Agência Nacional de Telecomunicações — Anatel (“Anatel”) nos Anexos I a IV da Resolução Anatel nº 552/2010. Em todos eles se prevê a possibilidade de alteração do contrato de concessão para **“estabelecer novos condicionamentos, novas metas para universalização e para qualidade”** (grifou-se),⁷⁴ sem prejuízo da prerrogativa de revisão do contrato de concessão a qualquer tempo, **“em virtude da superveniência de fato relevante, a critério da Anatel”** (grifou-se).⁷⁵

48. No setor de petróleo, a prática adotada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis — ANP (“ANP”) também é a de elaborar modelos de minutas de contrato de concessão a serem utilizados em cada rodada de licitação de blocos de exploração. Assim, por exemplo, no modelo utilizado na 12ª Rodada de Licitação, em 2013, se prevê que “[o] **Concessionário deverá**, em todas as Operações: (...) **empregar**, sempre que apropriadas e economicamente justificáveis, **a critério da ANP, experiências técnicas e tecnologias mais avançadas**, inclusive aquelas que melhor possam incrementar o rendimento econômico e a Produção das Jazidas” (grifou-se).⁷⁶ Adicionalmente, são admitidas hipóteses de revisão do Plano de Desenvolvimento⁷⁷ **“por exigência da ANP ou por solicitação da concessionária caso, a qualquer momento, deixe de atender à Legislação Aplicável, às Melhores Práticas da Indústria do Petróleo”**⁷⁸ ou ao interesse nacional”, bem como “por solicitação da concessionária, **caso ocorram mudanças nas condições técnicas ou econômicas assumidas na sua elaboração”** (grifou-se).⁷⁹

49. Nos contratos de concessão das concessões rodoviárias federais da 3ª Etapa, Fase III, prevê-se que o Fator Q, que é composto em função de indicadores de qualidade que expressam as condições mínimas da prestação dos serviços e realização das obras pela concessionária, será revisto a cada 5 (cinco) anos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT, “de modo a assegurar os parâmetros de qualidade do Sistema Rodoviário”.⁸⁰ A rigor, desde a 1ª Etapa das concessões rodoviárias federais, em 1995, já se definiam indicadores de qualidade dos serviços e se admitia a sua alteração unilateralmente pela Administração Pública,⁸¹ sendo assegurado o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão.

50. Por fim, nos contratos de concessão das concessões federais de aeroportos, também se estabeleceu expressamente que “[p]or ocasião das Revisões dos Parâmetros da Concessão, **os Indicadores de Qualidade do Serviço**, assim como a metodologia de cálculo do fator Q, **poderão ser revistos** pela [Agência Nacional de Aviação Civil (“ANAC”)] ANAC, após audiência pública,

com vistas a criar incentivos para a melhoria da qualidade dos serviços prestados (...)” (grifou-se).⁸² Também é possível que, por solicitação da ANAC ou em razão da superveniência de nova legislação ou regulamentação por autoridades competentes, haja “mudanças nas especificações dos serviços”.⁸³

51. Em suma, portanto, nos demais setores em que a Administração Pública Federal celebrou contratos de concessão, não há dúvidas de que os indicadores de desempenho são passíveis de alteração — seja por meio de procedimentos periódicos e mais compreensivos de revisão ordinária, seja por meio de alteração unilateral pelo Poder Concedente, ou, ainda, como consequência de alterações regulamentares pela entidade reguladora e/ou de alterações legislativas. A prática em todos esses setores confirma que os mecanismos que possibilitam a alteração dos indicadores de desempenho viabilizam, no âmbito dos contratos de concessão, a busca pelo constante aperfeiçoamento das atividades desempenhadas pelas concessionárias e de sua fiscalização pelo Poder Público, concretizando assim os princípios da eficiência e da atualidade.

52. A seguir, demonstramos que nas concessões florestais federais a regra não é diferente: é juridicamente possível a alteração dos indicadores de desempenho dos contratos de concessão — sejam eles Indicadores Classificatórios ou Indicadores Bonificadores.

53. Especificamente em relação aos Indicadores Classificatórios, vale, porém, chamar a atenção para uma importante distinção conceitual, a fim de evitar mal-entendidos. Conforme explicado na seção I, além de funcionarem, do ponto de vista da gestão contratual, como indicadores do desempenho das concessionárias florestais, os Indicadores Classificatórios também funcionam como critérios de julgamento das propostas técnicas dos participantes das licitações de concessões florestais. Ou seja, a pontuação obtida por cada licitante em sua proposta técnica depende diretamente dos parâmetros de desempenho que ele se comprometeu a cumprir no caso de vir a se tornar a concessionária da unidade de manejo florestal em disputa.

54. Essa situação, como já alertamos na seção II.1, certamente faz com que alterações aos Indicadores Classificatórios devam ser analisadas também à luz do princípio da vinculação da contratação às condições da licitação. Trata-se de consequência lógica do princípio constitucional da exigência de licitação prévia, que tem por objetivo impedir a ocorrência de fraudes ao processo licitatório — o que aconteceria, por exemplo, no caso em que um licitante, para obter maior pontuação em sua proposta técnica e vencer o certame, se com-

promettesse com níveis altíssimos de desempenho, sabendo que, logo após a celebração do contrato de concessão, os Indicadores Classificatórios seriam alterados para diminuir o nível de desempenho requerido. É somente nesse contexto — i.e., de combate às fraudes à licitação — que a referência a esse princípio se torna relevante.

55. Seria um equívoco, contudo, sob o pretexto de preservar o princípio da vinculação da contratação às condições da licitação, sustentar a vedação, em qualquer hipótese, de alterações aos Indicadores Classificatórios. Conforme já demonstrado na seção II.1, tal posição implicaria a completa supressão do princípio da eficiência em favor do princípio da exigência de licitação prévia, o que, de acordo com os fundamentos da hermenêutica constitucional contemporânea, é indefensável.⁸⁴ Mesmo porque, negar indistintamente a possibilidade de alteração dos Indicadores Classificatórios poderia, em muitas situações, produzir resultados contrários ao interesse público primário — por exemplo, nos casos em que, ao longo da execução contratual, se verificasse a impossibilidade técnica de se cumprir Indicadores Classificatórios, ou, ainda, quando restasse constatado que seu cumprimento levaria a situações contrárias aos objetivos que justificam a concessão florestal.

56. O desafio, portanto, é viabilizar alterações lícitas aos Indicadores Classificatórios, ou seja, aquelas alterações que, por atenderem aos limites que destacamos na seção II.1 — em especial, a demonstração (a) da necessidade da alteração necessária para se atingir a finalidade de interesse público que motivou a contratação, (b) da sua superveniência em relação ao momento de celebração do contrato de concessão; e (c) da preservação da natureza do objeto contratual —, não violam o princípio da exigência de licitação prévia e seu corolário, o princípio da vinculação da contratação às condições da licitação.

57. Viabilizar essas alterações é especialmente importante porque, como demonstrado a seguir, a comparação histórica dos editais de licitação de concessões florestais federais publicados pelo SFB revela um processo evolutivo constante de aprendizagem e aperfeiçoamento dos Indicadores Classificatórios.

II.2.2 O processo de evolução dos indicadores de desempenho na experiência do SFB

58. O Edital de Licitação para Concessão Florestal da Concorrência nº 01/2007, de 14 de novembro de 2007 (“Edital”), referente às concessões florestais das UMFs I, II e III da Flona do Jamari, em Rondônia, foi o primeiro edital de li-

citação de concessão florestal publicado pelo SFB. Desde então, o SFB publicou outros 8 (oito) editais de licitação de concessões florestais federais — referentes às Flonas de Saracá-Taquera (PA), Amana (PA), Jacundá (RO), Saracá-Taquera Lote Sul (PA), Crepori (PA), Altamira (PA), Amana Lote 2 (PA) e Caxiuanã (PA) — além de disponibilizar para consulta pública em seu sítio eletrônico o edital de licitação para concessões florestais nas Flonas de Itaituba I e II (PA).⁸⁵

59. De forma geral, a comparação entre esses dez editais de licitação — nove publicados e um em consulta pública — revela processo evolutivo em curso no programa de concessões florestais federais do SFB. Esse processo é ainda mais evidente quando se comparam, isoladamente, os Indicadores Classificatórios e o regime a eles aplicável conforme cada contrato de concessão florestal.

60. O próprio SFB reconhece a existência desse processo evolutivo e de aprendizagem quanto à definição e utilização dos Indicadores Classificatórios e/ou Bonificadores nos editais de licitação de concessões florestais, seja nos documentos técnicos que justificam as alterações promovidas nos Indicadores Classificatórios e/ou Bonificadores entre um e outro edital, ou, ainda, nos documentos que justificam a edição de nova resolução disciplinando o uso desses indicadores.⁸⁶

61. A comparação dos Indicadores Classificatórios⁸⁷ utilizados pelo SFB nesses editais aponta algumas tendências claras:

- (i) Redução do número de Indicadores Classificatórios dos contratos de concessão florestal:

Nos primeiros editais de concessão florestal do SFB, publicados entre 2007 e 2009, o número de Indicadores Classificatórios era bem superior ao número de Indicadores Classificatórios dos editais mais recentes. Além disso, a relação entre Indicadores Classificatórios e Indicadores Bonificadores favorecia os primeiros. Apenas a título de exemplo, nos editais das concessões florestais de Jamari e de Saracá-Taquera, eram 9 (nove) os Indicadores Classificatórios⁸⁸ e apenas 5 (cinco) os Indicadores Bonificadores.⁸⁹ Enquanto que, nos editais das concessões florestais publicados ou colocados em consulta pública de 2013 até hoje — Crepori, Altamira, Amana Lote 2, Caxiuanã e Itaituba I e II —, os Indicadores Classificatórios foram reduzidos para apenas 4 (quatro)⁹⁰ e os Indicadores Bonificadores passaram a ser 6 (seis).⁹¹

- (ii) Estímulo à adoção pelas concessionárias de comportamentos desejáveis através da priorização do uso de Indicadores Bonificadores — inclusive, transformando a natureza de Indicadores anteriormente considerados Classificatórios em Indicadores Bonificadores:

Como já mencionado no item (i), não apenas o número absoluto de Indicadores Bonificadores cresceu de 5 (cinco) para 6 (seis) dos primeiros editais para os mais recentes,⁹² como também aumentou a proporção desses indicadores em relação ao número de Indicadores Classificatórios.

Mais do que isso, é interessante notar que alguns dos Indicadores Bonificadores utilizados pelo SFB nos editais mais recentes eram utilizados como Indicadores Classificatórios nos primeiros editais. Ou seja, houve uma transformação da natureza de certos indicadores, cujo cumprimento, segundo o entendimento do SFB, poderia deixar de ser obrigatório (i.e., Indicadores Classificatórios) para se tornar facultativo (i.e., Indicadores Bonificadores). Esses são os casos, por exemplo, dos Indicadores Classificatórios A5 (Geração de empregos da concessão florestal) e, especificamente quanto ao produto material lenhoso, A6 (Diversidade de produtos explorados na unidade de manejo do Contrato de Concessão). A partir de 2013, com a publicação do edital de licitação para concessão florestal na Flona do Crepori, esses Indicadores Classificatórios passaram a ser utilizados pelo SFB como Indicadores Bonificadores.

Essa tendência, na verdade, está alinhada com as melhores práticas regulatórias, que priorizam o uso de instrumentos regulatórios baseados em incentivos positivos em detrimento do uso de instrumentos baseados na técnica de comando e controle (*command and control*).⁹³

- (iii) Alteração da metodologia para atingimento das metas dos Indicadores Classificatórios (“métrica”):

Também é possível notar, da comparação entre os primeiros editais de concessão florestal e os editais mais recentes, casos de alteração da métrica dos Indicadores Classificatórios, de forma a tornar mais abrangente as formas de se atingir a meta definida no respectivo Indicador.

Esse é o caso, por exemplo, dos Indicadores A5 (Geração de empregos da concessão florestal) e A7 (Diversidade de espécies exploradas na unidade de manejo florestal) dos editais de concessão florestal das Flonas do Jamari e de Saracá-Taquera. Quanto ao Indicador A5, é possível notar, no edital de licitação para concessão florestal referente à Flona de Jacundá, de 2012, que se passou a admitir no cômputo dos empregados

da concessão, para fins de cumprimento da meta relativa a esse indicador, trabalhadores terceirizados não diretamente vinculados às atividades de manejo florestal sustentável, o que, segundo as regras anteriores, não era possível. Já em relação ao indicador A7, passou-se a admitir como “espécie explorada”, para fins de atendimento desse indicador, aquela cuja exploração atingir pelo menos 30 m³ de tora por ano. Ou seja, alterou-se a métrica utilizada no edital referente às concessões florestais na Flona do Jamari, segundo a qual se consideram exploradas somente as espécies que atingirem pelo menos uma das seguintes proporções: 2% do volume total de tora explorado no ano, ou 4% do valor pago pelo preço do produto madeira em tora no ano.

- (iv) Redução das metas dos Indicadores Classificatórios
Duas medidas adotadas pelo SFB indicam essa tendência de redução das metas dos Indicadores Classificatórios, com vistas a calibrá-las para que reflitam parâmetros mais aderentes à realidade. Em primeiro lugar, percebe-se o estabelecimento pelo SFB, na licitação, de limites máximos (i.e., “tetos”) às propostas oferecidas pelos licitantes, de maneira a assegurar que elas sejam exequíveis — tal medida foi adotada no edital de licitação para concessão florestal da Flona de Jacundá para o Indicador Classificatório A3 — Geração de empregos da concessão florestal, em relação ao qual, nos editais referentes às Flonas de Jamari e Saracá-ta-quera, não se verifica qualquer limitação às propostas das licitantes. Em segundo lugar, vale destacar que, no caso em análise, o próprio SFB já alterou o Contrato de Concessão Florestal mediante o terceiro termo aditivo para, dentre outras coisas, reduzir a meta estabelecida originalmente para o Indicador Classificatório A7 — Diversidade de espécies exploradas na unidade de manejo florestal de 22 (vinte e duas) para 19 (dezenove) espécies.
- (v) Abandono de determinados Indicadores Classificatórios ou sua substituição por outros mais adequados aos objetivos das concessões florestais:
Conforme já mencionamos no item (i) acima, o SFB reduziu de 9 (nove) para 4 (quatro) o número de Indicadores Classificatórios utilizados nos editais de licitação para concessão florestal publicados ou disponibilizados para consulta pública mais recentemente. Embora, como notamos no item (ii), alguns desses indicadores tenham sido transformados em Indicadores Bonificadores (caso do Indicador Classificatório A5 — Geração de empregos da concessão florestal do Contrato de Concessão

Florestal), outros tiveram seu uso simplesmente abandonado pelo SFB. Esses são os casos, por exemplo, dos Indicadores Classificatórios A7 – Diversidade de espécies exploradas na unidade de manejo florestal e A8 – Diversidade de serviços explorados na unidade de manejo florestal do Contrato de Concessão Florestal, que deixaram de ser utilizados a partir do edital de licitação para concessão florestal da Flona de Jacundá, em 2012, e da Flona de Amana, em 2010, respectivamente.

62. Além disso, constam das minutas de contrato de concessão dos editais de licitação mais recentes elaborados pelo SFB cláusulas específicas quanto à possibilidade de alteração dos indicadores. Preveem tais cláusulas “a revisão ordinária dos indicadores e parâmetros de bonificação”, que deverá ocorrer “a cada período de 5 (cinco) anos, com o objetivo de manter a compatibilidade do contrato, inclusive seu equilíbrio econômico-financeiro, com a dinâmica das concessões florestais e das condições econômicas, sociais e ambientais locais”.⁹⁴

63. Todas essas alterações aos Indicadores Classificatórios e Bonificadores e sua regulação, que se pode notar da comparação entre os editais de licitação, têm seu fundamento no reconhecimento expresso, pelo SFB, na necessidade de constante aperfeiçoamento do modelo de concessão florestal praticado em âmbito federal. A análise dos documentos que justificaram a publicação desses editais nos respectivos processos administrativos não deixa dúvida a esse respeito.

64. Por fim, vale destacar também que, embora as principais alterações aos Indicadores Classificatórios tenham sido promovidas pelo SFB entre editais de licitação, também já houve casos de alterações aos Indicadores dos contratos em vigor, tais como as alterações pretendidas pela Amata. Assim é que, por exemplo, o próprio Contrato de Concessão Florestal já foi alterado unilateralmente pelo SFB, através do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão Florestal nº 001/2008, para adequar a meta de empregos referente ao Indicador Classificatório A5 e o número mínimo de espécies a serem exploradas segundo o Indicador Classificatório A7. Essas alterações aos Indicadores em questão se deu em razão da correção, pelo SFB, do ciclo de corte que serviu de base para o cálculo do volume de colheita constante no Edital. Em outras palavras, uma vez constatada tecnicamente a necessidade de revisão do ciclo de corte de 30 para 35 anos, foi necessário adequar as metas dos Indicadores A5 e A7 a essa nova realidade.

65. Nesse sentido, é desejável que, sempre que possível, esses avanços obtidos pelo SFB sejam incorporados às concessões já existentes. No caso da AMATA, a incorporação do resultado desse processo evolutivo é ainda mais premente, na medida em que, com já destacado, o Contrato de Concessão Florestal resulta do primeiro edital de licitação para concessão florestal elaborado pelo SFB. Não parece razoável privar a AMATA, que, de forma pioneira, investiu no primeiro projeto de concessão florestal estruturado pelo SFB, dos avanços obtidos a partir da experiência do SFB na gestão de concessões florestais desde 2007 – avanços desenvolvidos, inclusive, a partir do aprendizado construído com base no caso da AMATA.

II.2.3 Conclusões parciais

66. Em síntese, portanto, em adição às conclusões parciais apresentadas na seção II.1, pode-se afirmar que:

- C. É natural que os indicadores de desempenho de um contrato de concessão sejam objeto de alteração contratual, tendo em vista que esses indicadores de desempenho definem os parâmetros a serem considerados pela Administração Pública para fiscalizar o adequado atendimento pela concessionária das finalidades que motivaram a celebração do contrato de concessão. A rigor, a alteração dos indicadores de desempenho funciona como medida de concretização do princípio da eficiência e de seu corolário, o princípio da atualidade do serviço;
- D. Do exame tanto dos contratos de concessão celebrados pela Administração Pública federal em outros setores (tais como os de energia elétrica, telecomunicações, petróleo, rodovias e aeroportos) como da análise da experiência do próprio SFB com seu programa de concessões florestais, nota-se a necessidade de alteração dos indicadores de avaliação do desempenho da concessionária ao longo do período de vigência dos contratos de concessão como medida de aperfeiçoamento dos mecanismos de verificação da satisfação pelas concessionárias das finalidades de interesse público buscadas pelo poder concedente através dos contratos de concessão.

II.3. O regime jurídico aplicável à alteração dos Indicadores Classificatórios

67. Nesta seção, analisamos o regramento jurídico específico ao qual se submetem as alterações dos Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão Florestal. Para tanto, (II.3.1) exploramos os dispositivos pertinentes da

legislação aplicável, bem como as cláusulas que integram o Contrato de Concessão Florestal.

68. Em seguida, (II.3.2) tratamos das alternativas de alteração que, com base no regime jurídico apresentado, podem ser adotadas pelo SFB e aplicadas aos Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão Florestal.

II.3.1. A análise do disposto na legislação aplicável e no Contrato de Concessão

69. A Lei Federal nº 11.284/2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, não tratou de forma expressa da possibilidade de alterações ou revisões periódicas dos Indicadores Classificatórios dos contratos de concessão florestal. Assim como na Lei Federal nº 8.987/1995, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos, estabeleceu-se na Lei Federal nº 11.284/2006 como regra a deferência ao disposto nos editais de licitação e contratos de concessão deles resultantes.⁹⁵

70. Ou seja, nos termos da Lei Federal nº 11.284/2006, a definição dos indicadores a serem utilizados na proposta e na avaliação da qualidade do meio ambiente, assim como as regras quanto à necessidade de sua alteração futura para fins de modernização e aperfeiçoamento, deve constar expressamente dos editais de licitação e contratos de concessão florestal.

71. Contudo, da análise do Edital de Licitação e do Contrato de Concessão Florestal, verifica-se a inexistência de qualquer item ou cláusula que regule o processo de alteração ou de revisão dos Indicadores Classificatórios.

72. Essa omissão contratual, por tudo o que até aqui se disse quanto à relevância do elemento mutabilidade para os contratos de concessão, não deve, em hipótese alguma, ser interpretada como “silêncio eloquente” das partes no sentido de vedar alterações aos Indicadores Classificatórios. Tal interpretação poderia acarretar níveis absurdos de ineficiência e desatualização dos serviços, gerando resultados frontalmente contrários ao interesse público. Essa situação tenderia a ser agravada no Contrato de Concessão Florestal em razão do seu longo prazo — 40 anos.

73. Ainda mais importante: tal interpretação não se sustentaria à luz do disposto na Lei Federal nº 8.666/1993, que se aplica subsidiariamente às concessões florestais. O art. 58, I, da Lei Federal nº 8.666/1993, reconhece à Administração Pública a prerrogativa de modificar, unilateralmente, os contratos

administrativos “para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”. O art. 65 da mesma lei estabelece as hipóteses e condições em que tais contratos poderão ser alterados.

74. Conforme já adiantamos na seção II.1, trata-se, no presente caso, de hipótese de alteração contratual qualitativa, que se enquadra no disposto no art. 65, I, a), da Lei Federal nº 8.666/1993, a seguir transcrito:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – unilateralmente pela Administração:

a) **quando houver modificação** do projeto ou **das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos**” (grifou-se).

75. Assim, desde que atendidos os requisitos definidos na seção II.1, poderá o SFB, inclusive unilateralmente, alterar os Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão, com base no disposto nos arts. 58, I, e 65, I, a), da Lei Federal nº 8.666/1993.

II.3.2. As formas de alteração dos Indicadores Classificatórios admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro

76. Não se enumeram na legislação aplicável — i.e., nas Leis Federais nº 11.284/2006, nº 8.987/1995, ou nº 8.666/1993 — as formas de alteração dos Indicadores Classificatórios disponíveis ao SFB. Na verdade, tendo sido observados os requisitos para alteração de contratos que mencionamos na seção II.1 e, portanto, não havendo qualquer vedação à alteração contratual pretendida, deve-se reputá-la como juridicamente viável.

77. Na verdade, da análise empreendida na seção II.2 quanto ao processo evolutivo dos Indicadores Classificatórios utilizados pelo próprio SFB é possível identificar ao menos sete estratégias juridicamente possíveis para se alterar os Indicadores Classificatórios, a saber:

- (i) Adiar o início da obrigatoriedade do seu cumprimento pela AMATA;
- (ii) Definir o alcance gradual da sua meta;

- (iii) Alterar a sua métrica;
- (iv) Alterar a sua meta;
- (v) Alterar a sua natureza — i.e., transformar um Indicador Classificatório em Bonificador e vice-versa);
- (vi) Substituí-lo por outro indicador, buscando, por outros meios, atingir a mesma finalidade de interesse público originalmente pretendida;
- (vii) Extingui-lo.

II.3.3. Conclusões parciais

78. Às conclusões parciais apresentadas nas seções II.1 e II.2, pode-se acrescentar que:

- E. Ainda que o Contrato de Concessão não discipline expressamente os casos de alteração ou mesmo de revisão dos Indicadores Classificatórios, incumbe à União, através do SFB, inclusive unilateralmente, a prerrogativa de alterar os Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão, com base no disposto nos arts. 58, I, e 65, I, a), da Lei Federal nº 8.666/1993, desde que atendidos os requisitos definidos na seção II.1; e
- F. Quaisquer formas de alteração dos Indicadores Classificatórios não vedadas pelo ordenamento jurídico podem ser utilizadas pelo SFB.

III. Conclusão: Resposta aos quesitos formulados na Consulta

79. As seguintes conclusões resultaram da análise das questões formuladas na consulta pela AMATA:

- A. A mutabilidade é elemento característico dos contratos administrativos em geral, que adquire relevância ainda maior em relação aos contratos de concessão;
- B. O ordenamento jurídico brasileiro impõe limites sobre as alterações aos contratos de concessão, que decorrem da necessidade de compatibilização dos princípios constitucionais da eficiência e da exigência de prévia licitação para as contratações públicas;

- C. É dever da Administração Pública promover alterações — unilateralmente ou de forma consensual, conforme o caso — às condições originalmente pactuadas entre as partes em um contrato de concessão quando (a) tais alterações forem necessárias para se atingir a finalidade — i.e., o interesse público — que motivou a contratação e (b) sua necessidade tiver sido constatada posteriormente à data de celebração do contrato de concessão, desde que respeitados (c) a natureza do objeto contratual, (d) o princípio da economicidade dos atos da Administração Pública e (e) a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão;
- D. É natural que os indicadores de desempenho de um contrato de concessão sejam objeto de alteração contratual, tendo em vista que esses indicadores definem os parâmetros a serem considerados pela Administração Pública para fiscalizar o adequado atendimento pela concessionária das finalidades que motivaram a celebração do contrato de concessão. A rigor, a alteração dos indicadores de desempenho funciona como medida de concretização do princípio da eficiência e de seu corolário, o princípio da atualidade do serviço;
- E. Do exame tanto dos contratos de concessão celebrados pela Administração Pública federal em outros setores (tais como os de energia elétrica, telecomunicações, petróleo, rodovias e aeroportos) como da análise da experiência do próprio SFB com seu programa de concessões florestais, nota-se a necessidade de alteração dos indicadores de avaliação do desempenho da concessionária ao longo do período de vigência dos contratos de concessão como medida de aperfeiçoamento dos mecanismos de verificação da satisfação pelas concessionárias das finalidades de interesse público buscadas pelo poder concedente através dos contratos de concessão;
- F. Ainda que o Contrato de Concessão não discipline expressamente os casos de alteração ou mesmo de revisão dos Indicadores Classificatórios, incumbe ao SFB, inclusive unilateralmente, a prerrogativa de alterar os Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão, com base no disposto nos arts. 58, I, e 65, I, a), da Lei Federal nº 8.666/1993, desde que atendidos os requisitos definidos na seção II.1; e
- G. Quaisquer formas de alteração dos Indicadores Classificatórios não vedadas pelo ordenamento jurídico podem ser utilizadas pelo SFB.

80. Com base nessas conclusões, podemos passar à resposta das questões colocadas na presente consulta:

- (i) É viável, juridicamente, a alteração pelo SFB dos Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão Florestal — em especial, dos indicadores A5 a A9?

Sim, os Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão Florestal podem ser alterados pelo SFB, inclusive unilateralmente, com fundamento nos arts. 58, I, e 65, I, a), da Lei Federal nº 8.666/1993, desde que se demonstre (a) que as alterações pretendidas são necessárias para se atingir a finalidade — i.e., o interesse público — que motivou a contratação e (b) que sua necessidade somente se constatou posteriormente à data de celebração do Contrato de Concessão Florestal, e, ainda, se respeitados (c) a natureza do objeto contratual, (d) o princípio da economicidade dos atos da Administração Pública e (e) a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão.

É importante ressaltar que, em cada proposta de alteração aos Indicadores Classificatórios, o princípio da vinculação da contratação às condições da licitação deverá ser sopesado com o princípio da eficiência e com a necessidade de atingimento das finalidades de interesse público almejadas através da concessão florestal.

- (ii) Caso seja viável, juridicamente, a alteração pelo SFB dos Indicadores Classificatórios do Contrato de Concessão — em especial, dos indicadores A5 a A9 —, de que forma eles podem ser alterados e quais os limites dessas alterações?

O SFB pode utilizar quaisquer formas de alteração dos Indicadores Classificatórios não vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Da análise da própria experiência do SFB na gestão do programa de concessões florestais federais, é possível identificar ao menos 7 (sete) formas distintas de alteração dos Indicadores Classificatórios que poderiam ser empregadas: (i) adiar o início da obrigatoriedade do seu cumprimento pela AMATA; (ii) definir o alcance gradual da sua meta; (iii) alterar a sua métrica; (iv) alterar a sua meta; (v) alterar a sua natureza — i.e., transformar um Indicador Classificatório em Bonificador e vice-versa; (vi) substituí-lo por outro indicador, buscando, por outros

meios, atingir a mesma finalidade de interesse público originalmente pretendida; e (vii) extingui-lo.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2015.

Marcelo Rangel Lennertz
OAB/RJ nº 133.919
Supervisor da Clínica de Direito Regulatório — NPJ / FGV Direito Rio
Professor da FGV Direito Rio
Master of Laws (LL.M.) — Yale University
Mestre em Ciências Jurídicas — PUC-Rio

Acadêmicos de Direito

2015.1

Ana Clara de Oliveira Celestino Faria
Bárbara Maria Pinto Nascimento Gomes
Beatriz Laus Marinho Nunes
Giselle Barbosa Sampaio
Gustavo de Carvalho Zarembe Bezerra
João Moreno Onofre Barcellos
João Pedro Fontes Zagni
Juliana Freire Antoniol
Luana Vieira Coelho Gumes
Luíse Leite Guimarães
Maise Bernachi Baptista
Maria Fernanda Costa Pinto Cabral de Oliveira e Souza
Mariana Alves Zanelli Amaral
Mariana Ribeiro da Cunha Lobo
Rafael Viana de Figueiredo Costa
Rebecca Jardim de Barros
Vanderson Maçullo Braga Filho

2015.2

Arthur Lardosa dos Santos
Carolina Pfeiffer Figueiredo
Eduardo Campelo de Sá Pereira
João Henrique Senos de Alencar Arrais
Natália de Carvalho Ribeiro
Raphael Portella Chamma
Vitor Nogueira da Gama Couto

Notas

- 1 Ver a respeito as Cláusulas 1ª, 4ª e 9ª do Contrato de Concessão.
- 2 Cf. Parecer Técnico nº 17/2014/GEMAF/SFB/MMA, anexo ao Ofício nº 113/2014/GEMAF/SFB/MMA, de 04 de dezembro de 2014, juntado ao Processo Administrativo nº 02209.012954/2014, folha 35.
- 3 Embora a Lei Federal 11.284/2006 seja, obviamente, o diploma legal que rege de maneira direta e explícita as concessões florestais, outras leis também se aplicam subsidiariamente a essa espécie de concessões. Por exemplo, a própria Lei Federal nº 11.284/2006 remete ao disposto na Lei Federal nº 8.666/1993 quanto à disciplina do processo licitatório das concessões florestais. Além disso, também se aplicam às concessões florestais subsidiariamente, naquilo que for compatível, as regras gerais previstas na Lei Federal nº 8.666/1993 quanto aos contratos administrativos e as regras gerais aplicadas às concessões previstas na Lei Federal nº 8.987/1995 (a este respeito, vale mencionar que a própria AGU, em sua manifestação na ADI 3.989-DF, já defendeu a aplicação do regime da Lei Federal nº 8.987/1995 às concessões florestais).
- 4 Como explica Caio Tácito: “A chamada mutabilidade do contrato administrativo é uma cláusula implícita, a que adere a outra parte, em razão da qual a Administração Pública pode modificar, dentro do âmbito da razoabilidade, a obrigação de co-contratante, uma vez seja respeitado o objeto do contrato” (Cf. TÁCITO, Caio. *Parecer: Contrato Administrativo – Alteração Quantitativa e Qualitativa – Limites de Valor*. In: Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 198, 1994, p. 364).
- 5 Há muito que a mutabilidade é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – STF (“STF”) como característica distintiva dos contratos administrativos e, em especial, dos contratos de concessão: “TERRENOS DE MARINHA E ACRESCIDOS - 1. Continuum de domínio da União os terrenos dos quais ela concedeu usufruto à Cia. Docas da Bahia. 2. **Os contratos sobre concessões de serviço público são administrativos, distinguindo-se dos civis pela mutabilidade e pelas cláusulas exorbitantes: - o Estado-cliente não deixa de ser o Estado-príncipe.** (...)” (grifou-se) (STF, AI 42854-GB, Segunda Turma, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 28/06/1968).
- 6 A mutabilidade é característica que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, integra o próprio conceito de contrato administrativo: “(...) é um tipo de avença entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, **a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado**” (grifou-se) (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 583-584).
- 7 De acordo com Orlando Gomes, no que concerne aos contratos entre particulares: “O princípio da força obrigatória dos contratos consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Tendo sido celebrado com observância de todos os pressupostos e requisitos, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos imperativos”. (Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 40). Na mesma linha, ensina Sílvio Rodrigues que: “O princípio da força vinculante das convenções consagra a ideia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido. Isto é, o contrato vai construir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo (...)” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade*. 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.17).
- 8 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed.. São Paulo: Dialética, 2010, p. 770.
- 9 Como sustenta Carlos Ari Sundfeld: “A alteração do contrato de concessão, assim, não pode ser examinada como evento excepcional ou anormal, mas como um dos instrumentos

- viáveis — por vezes o único viável — para a realização do interesse público” (Cf. SUND-FELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual — Coleção Pareceres, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 141).
- 10 Da análise da legislação aplicável às concessões florestais, resta clara a possibilidade de alteração do Contrato de Concessão. A Lei Federal nº 11.284/2006 estabelece, em seu art. 30, XI, que: “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas (...) aos direitos e às obrigações do poder concedente e da concessionária, **inclusive os relacionados a necessidades de alterações futuras** e modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos, infraestrutura e instalações” (grifou-se). Na Lei Federal nº 8.987/1995, essa prerrogativa está expressa no artigo 9º, §4º, que dispõe que “Em **havendo alteração unilateral do contrato** que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração” (grifou-se). Também a Lei Federal nº 8.666/1993 prevê, no art. 58, que “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por **esta Lei confere à Administração**, em relação a eles, **a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público**, respeitados os direitos do contratado” (grifou-se).
- 11 A jurisprudência do STF e do Superior Tribunal de Justiça é inequívoca quanto ao tema. Ver a respeito, por exemplo: (i) “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TERMINAIS PRIVATIVOS EM ÁREA DE PORTO ORGANIZADO. (...) MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL POR ATO UNILATERAL DA UNIÃO. INTERESSE PÚBLICO: PRESSUPOSTO ESSENCIAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. 1. Quando a Administração Pública contrata com particulares, conduz o interesse público e pode, unilateralmente, modificar cláusula contratual, desde que observados os termos da lei. (...)” (grifou-se) (STF, RMS 24286-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 07/03/2014); e (ii) “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. (...) REDUÇÃO UNILATERAL DO VALOR DO CONTRATO (PRESTAÇÃO DE SERVIÇO) EM 25%. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 65, I, B, §§ 1º E 2º, DA LEI 8.666/93. NÃO-OCORRÊNCIA. (...) 1. **É lícito à Administração Pública proceder à alteração unilateral do contrato** em duas hipóteses: (a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica; (b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (Lei 8.666/93, art. 65, I, a e b). (...) 3. **O poder de alterar unilateralmente o ajuste representa uma prerrogativa à disposição da Administração para concretizar o interesse público.** (...)” (grifou-se) (STJ, REsp 666878-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 29/06/2007).
- 12 No mesmo sentido, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 586; e RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Alteração de Contratos de Concessão e PPP por Interesse da Administração Pública — Problemas Econômicos, Limites Teóricos e Dificuldades Reais*. In: Revista de Contratos Públicos — RCP, n. 2 — set/fev, 2012.
- 13 Como explicam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, essa compatibilização “é realizada por meio da atribuição de prevalência ao atendimento ao interesse público em face da obrigatoriedade de cumprimento do contrato nos termos em que foi assinado” (Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro, ob. cit.).
- 14 O princípio da eficiência surgiu da necessidade de a administração pública se adequar aos novos parâmetros de organização e prestação de serviços advindos com a política de desestatização. Este princípio passou a fazer a parte da Constituição da República com a emenda constitucional nº 19 de 1998, que o adicionou ao rol dos princípios da administração pública dispostos no art. 37, *caput* da CRFB/88. Tal princípio impõe ao poder público a necessidade de utilizar os recursos públicos da melhor maneira possível, buscando sempre o bem comum. Segundo Hely Lopes Meirelles: “Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60). Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca dois aspectos do princípio da eficiência: “(...) o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempe-

- nho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público” (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 83).
- 15 Não se trata, portanto, de mera faculdade da Administração Pública, mas de poder-dever de atender a interesse público indisponível. Nesse sentido, também entende Marçal Justen Filho: “Uma das manifestações clássicas das competências estatais no âmbito dos contratos administrativos envolve a modificação unilateral das condições contratuais. Insista-se, sempre, que **essa ‘prerrogativa’ constitui-se em um poder-dever. A Administração dispõe de um poder jurídico, que lhe é outorgado não no interesse próprio — mas para melhor realizar um interesse indisponível. Verificados os pressupostos normativos, a Administração tem o dever de intervir no contrato e introduzir as modificações necessárias e adequadas à consecução dos interesses fundamentais.** / Sob esse enfoque, a Administração não é titular de um mero ‘direito subjetivo’, de uma faculdade disponível. Se a Administração deixar de exercitar o seu poder, estará atuando mal e seus agentes poderão ser responsabilizados pelo descumprimento de seus deveres funcionais” (grifou-se) (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed.. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 735-736).
- 16 A doutrina reconhece na disciplina normativa estabelecida pelo art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 quanto às alterações dos contratos administrativos a distinção entre “cláusulas regulamentares” (ou “de serviço”) e “cláusulas propriamente contratuais” (ou “econômicas”). Tem-se como regra que as cláusulas regulamentares podem ser alteradas unilateralmente pela Administração Pública (hipóteses do art. 65, I, da Lei Federal nº 8.666/1993), enquanto que a alteração das cláusulas propriamente contratuais requer acordo entre as partes (hipóteses do art. 65, II, da Lei Federal nº 8.666/1993). Sobre o tema, esclarece Hely Lopes Meirelles: “A alterabilidade das cláusulas regulamentares ou de serviço é prerrogativa implícita e impostergável da Administração nos contratos administrativos. Todavia, ao lado dessas cláusulas, estabelecidas em prol da coletividade, existem as econômicas, em favor do particular contratado, as quais, por esse motivo, são, em princípio, imutáveis, delas dependendo o equilíbrio financeiro do ajuste e a comutatividade dos encargos contratuais. Na interpretação do contrato administrativo não se pode negar, portanto, o direito de a Administração alterar as cláusulas regulamentares para atender ao interesse público, mas, por outro lado, não se pode também deixar de reconhecer a necessidade do equilíbrio financeiro e da reciprocidade e equivalência nos direitos e obrigações das partes, devendo-se compensar a supremacia da Administração com as vantagens econômicas estabelecidas no contrato em favor do particular contratado” (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 213).
- 17 O fenômeno das alterações contratuais também não é exclusividade brasileira: “**Contract modifications (‘change orders’) are a fact of life of contract administration.** *Situations change, requirements change, and technological capabilities frequently change during a contract. The government often learns things after contract award that it did not know before the award that could cause it to seek changes. Often, the initiative for contract modification comes from the government*” (grifou-se) (Cf. KELMAN, Steven J.. *Contracting*. In: SALAMON, Lester M. (Ed.). *The Tools of Government: A Guide to the New Governance*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 302 302).
- 18 O próprio TCU reconhece que são comuns as alterações para adequação do que foi originalmente pensado na licitação para a execução do contrato: “8. Entendo que **é praticamente impossível deixar de ocorrer adequações, adaptações e correções quando da realização do projeto executivo e mesmo na execução das obras.** Mas estas devem se manter em limites razoáveis, gerando as consequências naturais de um projeto que tem por objetivo apenas traçar as linhas gerais do empreendimento. (...) / 17. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União também orienta-se nesse sentido. A Decisão n.º 215/1999-Plenário é sempre citada e serve como referência. Colho do parecer do representante do Ministério Público que atuou naquele processo, Dr. Lucas Rocha Furtado, a seguinte passagem: ‘(...) / **Quase sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, conseqüentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele (...).**’ / 19. **É perfeitamente possível, portanto, a ocorrência de mudanças no objeto do contrato, desde que não haja, evidentemente, desvirtuamento**

- ou alteração radical do que foi ajustado.** (...)” (grifou-se) (TCU, Acórdão nº 2.352/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU 13/12/2006).
- 19 Nesse sentido, esclarece Floriano Azevedo Marques Neto: “O fato é que quando a Administração perfaz um ajuste administrativo, presume-se que esteja a perseguir um cometimento que é de interesse coletivo, geral, público. Dessume-se, portanto, que **se no dever desta avença surgirem circunstâncias ou fatores — imprevistos, imprevisíveis, mal previstos, supervenientes, enfim — que imponham alterações no ajuste, seria absolutamente contraditório negar ao Poder Público a mudança no contrato na precisa medida necessária a contornar os óbices supervenientes**” (MARQUES NETO, Floriano P. Azevedo. *Contrato administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução de obra — Inaplicabilidade dos limites de 25% de acréscimos*. In: *Boletim de Direito Administrativo*, n. 2, fev. 1998, p. 105).
- 20 A este respeito, ressalta Marçal Justen Filho que: “O progresso tecnológico produz redução de custos e de tempo e ampliação de utilidades ofertáveis ao público. Mais ainda, gera novas necessidades. A disponibilidade da tecnologia tem efeito generativo de novas necessidades. Portanto, não adotar novas técnicas significa desatender às necessidades a ela relacionadas” (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 307)
- 21 Idem, p. 441.
- 22 A relação entre complexidade do objeto, prazo e nível de incompletude (e conseqüente necessidade de adaptação) dos contratos é tema recorrente na literatura econômica. Sobre o tema, ver, por exemplo: “**Complex contracts are invariably incomplete, and many are maladaptive. The reasons are two: Many contingencies are unforeseen (and even unforeseeable), and the adaptations to those contingencies that have been recognized for which adjustments have been agreed to are often mistaken — possibly because the parties acquire deeper knowledge of production and demand during contract execution than they possessed at the outset**” (WILLIAMSON, Oliver E.. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985, p. 178)e “(...) **the more unknowable relevant conditions in the world are at the time a contract is signed or the more the world changes during the period of contract performance, the harder it is to develop a contract that covers important contingencies ex ante; under these circumstances, bounded rationality produces incomplete contracts**” (grifou-se) (Cf. KELMAN, Steven J.. *Achieving Contracting Goals and Recognizing Public Law Concern: A Contracting Management Perspective*. In: FREEMAN, Jody; e MINOW, Martha. *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.156).
- 23 Como regra, os contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993 têm sua duração limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários — ou seja, um ano fiscal —, podendo ser prorrogados até o prazo máximo de 60 (sessenta) meses (art. 57).
- 24 Essa estrutura econômico-financeira de remuneração pela execução do objeto contratual é bem diferente da estrutura característica dos contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993. Nestes, não há desencaixe significativo no fluxo de caixa do contratado, já que ele recebe seus pagamentos à medida que vai comprovando ter completado parcela da obra ou ter executado o serviço (art. 73, I, da Lei Federal nº 8.666/1993).
- 25 Apenas a título de exemplo, os contratos das concessões federais de rodovias da 3ª Etapa, Fase III, têm prazo de 30 (trinta) anos (contratos disponíveis em: http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1169/3_Etapa_fase_III_.html. Acesso em 07/10/2015). Já os prazos dos contratos das concessões federais de aeroportos variam entre 20 (caso de Guarulhos, por exemplo) e 25 (caso do aeroporto do Galeão, por exemplo) anos (contratos disponíveis em: http://www2.anac.gov.br/Concessoes/processos_de_licitacao/index.asp. Acesso em 07/10/2015).
- 26 Lei Federal nº 11.284/2006:
- “Art. 35. **O prazo dos contratos de concessão florestal será estabelecido de acordo com o ciclo de colheita ou exploração**, considerando o produto ou grupo de produtos com ciclo mais longo incluído no objeto da concessão, podendo ser fixado prazo equivalente a, no mínimo, um ciclo e, **no máximo, 40 (quarenta) anos**” (grifou-se).
- 27 É esse o prazo dos contratos de concessão florestal referentes às cinco Flonas que, atualmente, abrigam concessões florestais: Jamari, Saracá-Taquera, Jacundá, Saracá-Taquera Lote Sul, Crepori e Altamira.

- 28 Essa diferença entre os contratos administrativos regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993 e os contratos de concessão quanto ao nível de completude na definição, *ex ante*, das obrigações de meio pela Administração Pública se reflete, por exemplo, no nível de detalhamento dos estudos de engenharia que são exigidos como requisito para a realização da licitação em cada caso. Nas contratações para execução de obras ou prestação de serviços sob o regime da Lei Federal nº 8.666/1993, somente se pode realizar a licitação quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente (art. 7º, § 2º, I, da Lei Federal nº 8.666/1993), enquanto que, nas concessões, é possível realizar a licitação tão somente com a apresentação dos “elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização” (art. 18, XV, da Lei Federal nº 8.987/1995) ou, no caso específico das PPPs, com a apresentação de estudos de engenharia com nível de detalhamento de anteprojeto (art. 10, § 4º, da Lei Federal nº 11.079/2004).
- 29 Sobre a menor deferência aos termos inicialmente ajustados nos contratos de caráter relacional (i.e., que demandam maior interação entre as partes) em relação aos contratos com maior nível de completude, explica Williamson, citando Macneil, que: “***By contrast with the neoclassical system where the reference point for effecting adaptations remains the original agreement, the reference point under a truly relational approach is the ‘entire relation as it has developed [through] time. This may or may not include an original agreement; and if it does, may or may not result in great deference being given it’***” (grifou-se) (Cf. WILLIAMSON, ob. cit., p. 72).
- 30 No mesmo sentido, afirma Luís Roberto Barroso que: “**No caso dos contratos de concessão, porém, a mutabilidade assume feição particularmente marcante.** A própria Lei nº 8.987/95 prevê que os serviços devem ser adequados, o que inclui a noção de atualidade. E a atualidade do serviço envolve ‘a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço’. Por isso mesmo, o próprio contrato deve procurar regular as previsíveis necessidades de alteração e expansão futuras” (grifou-se) (Cf. BARROSO, Luís Roberto. Parecer: **CONCESSÃO RODOVIÁRIA. ALTERAÇÕES NO OBJETO DO CONTRATO: ACRÉSCIMO DE OBRAS NOVAS A PEDIDO DO PODER PÚBLICO. RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÓMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADES E LIMITES.** Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/concessao_rodoviaria.pdf — Acesso em: 24/07/2015). Marçal Justen Filho, por sua vez, destaca que: “(...) **as características do serviço público impõem não apenas a sua continuidade, mas sua adequação permanente.** Isso significa incumbir ao poder concedente o dever-poder de estabelecer, por ocasião da outorga, identificar as condições mais satisfatórias e adequadas para a prestação do serviço por parte da concessionária. Mas essa solução não basta. **É indispensável que o serviço mantenha as características de adequada satisfação ao interesse público concreto, ao longo do prazo da concessão.**” (grifou-se) (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 307).
- 31 Como destaca Egon Bockmann Moreira: “**Os contratos de concessão são incompletos e dinâmicos** — seja devido ao elevado volume de informações, seja por conta desse longo prazo, seja em razão do elevado custo para construção do modelo concessionária. São pactos que precisam ser compreendidos como *contratos abertos*, pois convivem e se nutrem da grande quantidade de informação diariamente recebida. **Os deveres, obrigações e direitos do contrato de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão a sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos. Merecem ser aplicados na condição de realidade sócio cultural apta a conviver com o novo e a se aprimorar por meio de soluções legítimas (assim reconhecidas pelo direito).** Daí também a necessidade da previsão de reajustes, revisões periódicas, compromissos arbitrais e outras medidas que atenuem os custos oriundos de eventos que possam agredir a estrutura do contrato. Isso porque, se algo é certo no longo prazo, trata-se da efetiva existência das alterações contratuais (unilaterais e/ou circunstanciais). Tais previsões, formalizadas no contrato, destinam-se a possibilitar a detecção de falhas e elaboração de soluções consensuais, as quais gerem o menor desgaste possível para as partes envolvidas. Essa transparência destina-se também a atenuar os potenciais conflitos de interesse e o recurso ao Judiciário” (grifou-se) (Cf. MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das Concessões de Serviço Público — inteligência da Lei 8.987/1995 — Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2010, 409).

- 32 Sobre o princípio da eficiência, ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto que "(...) este princípio está voltado ao *melhor atendimento possível das finalidades estatuidas em lei*, exigindo-se que a atividade administrativa seja praticada com a satisfação de determinados *padrões de qualidade*" (itálicos no original) (Cf., MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14^a ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 428). Ainda segundo o mesmo autor: "Entendida assim, a *eficiência* administrativa, como a *melhor realização possível* da gestão dos interesses públicos, em termos de *plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade*, ela se apresenta, simultaneamente, como um *atributo técnico* da administração, como uma *exigência ética* a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma *característica jurídica* exigível, de boa administração dos interesses públicos" (itálicos no original) (Cf. Id., *Ibid.*, p. 107).
- 33 Nos termos do art. 37, *caput*, da CRFB/1988, a atuação da Administração Pública se submete aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.
- 34 Cf. Art. 37, XXI, da CRFB/1988:
"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras, serviços, compras e alienações serão contratados 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, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (grifou-se).
- 35 Os exemplos desenvolvidos por Luís Roberto Barroso servem para ilustrar o problema: "É fácil perceber que a possibilidade ilimitada de alterar os contratos administrativos poderia dar margem ao administrador para beneficiar ilicitamente o contratado ou prejudicar, também ilicitamente, o vencedor de um processo licitatório. Algumas hipóteses não chegam a ser incomuns. Imagine-se um contrato cujo objeto, nos termos descritos no edital, é bastante simples e limitado, o que acaba por afastar do certame empresas de grande porte que atuam no setor. Após a adjudicação, porém, a Administração altera os seus termos, incrementando o objeto de forma substancial e, conseqüentemente, o valor a ser pago ao particular. Pode-se visualizar aqui uma forma de burlar a regra licitatória e os princípios da igualdade e da impessoalidade. É possível imaginar também situações nas quais o administrador, descontente por qualquer motivo com o vencedor do certame, lhe impõe modificações no contrato que dificultam sua execução e tornam a posição do particular muito mais gravosa e desfavorável" (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Parecer: CONCESSÃO RODOVIÁRIA. ALTERAÇÕES NO OBJETO DO CONTRATO: ACRÉSCIMO DE OBRAS NOVAS A PEDIDO DO PODER PÚBLICO. RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADES E LIMITES*. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/concessao_rodoviaria.pdf. Acesso em 24/07/2015).
- 36 Ver a respeito, entre outros: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003; e SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratos administrativos — acréscimo de obras e serviços — alteração*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n^o 2, 1993.
- 37 Como explica Fernando Vernalha Guimarães, as alterações quantitativas "[e]nvolve simples variação de quantidade do objeto, atingindo sua dimensão. Não visam a acréscimos e supressões que, ainda que havidos no seio do contrato, sejam produzidos em decorrência de alterações qualitativas; perseguem imediatamente a variação da dimensão do objeto contratual" (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo - interpretação de dispositivos da Lei n^o 8.666/1993*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 285). Ainda para esclarecer a distinção entre alterações quantitativas e qualitativas, vale mencionar exemplo desenvolvido por Eros Roberto Grau: "(a) contrata-se a pavimentação de 100 km de rodovia; se a Administração estender a pavimentação por mais 10 km, estará crescendo, quantitativamente, o seu objeto — a dimensão do objeto foi alterada; (b) previa-se, para a realização do objeto, a execução de serviços de terraplanagem de 1.000m³; se circunstâncias supervenientes importarem que se tenha que executar serviços de terraplanagem de 1.200m³, estará sendo acrescida a quantidade de obras, sem que,

- contudo, se esteja a alterar a dimensão do objeto — a execução de mais 200 m³ de serviços de terraplanagem viabiliza a execução do objeto originalmente contratado” (GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29).
- 38 Segundo os §§1º e 2º do art. 65, da Lei Federal nº 8.666/1993, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, não podem superar 25% do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para acréscimos é de 50%. Porém, mesmo em relação aos limites de alteração dos contratos de obra pública, o TCU tem excepcionalmente permitido que o limite de 25% seja ultrapassado, ainda que a linguagem utilizada no texto das decisões nem sempre deixe isso explícito (Cf. TCU, Decisão nº 215/1999, Plenário, Rel. Min. José Antonio Barreto de Macedo, DOU 21/05/1999). Além disso, o TCU já admitiu que o Ministério dos Transportes e entidades vinculadas compensassem os acréscimos com as supressões em contratos de obra, de modo a obter o resultado prático de aumento do escopo contratual para além do limite legal de 25% previstos em lei (Cf. TCU, Acórdão nº 3376/2013, Plenário, Rel. Min. Weder de Oliveira, DOU 12/12/2013; e TCU, Acórdão nº 3105/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU 28/11/2013).
- 39 Na doutrina especializada, é possível encontrar tanto autores defendendo que os limites percentuais previstos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 não se aplicam às alterações qualitativas quanto autores que defendem a sua incidência. Como representantes da primeira corrente, vale citar, por exemplo, Marçal Justen Filho (“(...) **aplicar a vedação do §2º às hipóteses previstas na alínea ‘a’ do inc. I conduziria a resultados despropositados, não compatíveis com o princípio da razoabilidade.** / É que a alínea ‘a’ dispõe sobre situações em que a execução de certo projeto evidencia-se como inviável. É impossível manter a concepção original do empreendimento, eis que conduziria a resultado desastroso. Portanto, configura-se a situação em que a Administração tem o dever de promover a alteração” — Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed.. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 804. Grifou-se) e Eros Roberto Grau (“(...) a Administração poderá, com esteio no que dispõe o art. 65, I, ‘a’, da Lei 8.666/93, exigir a modificação das especificações dos equipamentos, desde que ‘para a melhor adequação técnica aos seus objetivos’, **ainda que dessa modificação de especificações decorra aumento, do valor inicial atualizado do contrato, superior a 25% dele.** / **A única limitação que no caso incide é enunciada pelo texto desse art. 65, I, ‘a’: ‘melhor adequação técnica (do contrato) aos seus objetivos’**” — Cf. GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 24-25). Como representantes da segunda corrente, sustentando a incidência dos limites percentuais às alterações qualitativas, cabe citar Marcos Jurueña Villela Souto (“(...) em face de inúmeras imoralidades surgidas, **a Lei inclui todas as alterações nos limites da alteração quantitativa** (embora haja teses no sentido de que o limite refere-se apenas à alteração quantitativa, desconsiderando a interpretação histórica, além da literalidade da norma)” — Cf. SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Licitações & Contratos Administrativos*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 338. Grifou-se) e Alexandre Santos de Aragão (“De nossa parte, **entendemos que os limites fixados pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93 já são suficientemente largos para que alterações de ajuste do projeto contratado possam ser realizadas** (...)” — Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 344. Grifou-se). O entendimento atual do TCU também é no sentido da aplicação dos limites percentuais tanto às alterações quantitativas quanto às qualitativas (Cf. TCU, Decisão nº 215/1999, Plenário, Rel. Min. José Antonio Barreto de Macedo, DOU 21/05/1999).
- 40 Embora ainda não haja posição firmada do TCU ou do Judiciário quanto à aplicação dos limites percentuais previstos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 aos contratos de concessão, a doutrina especializada tem sustentado a não incidência desses limites. Nesse sentido, vale citar: (i) Marçal Justen Filho (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 159-161); (ii) Egon Bockman Moreira (Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 — parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 379); (iii) Fernando Vernalha Guimarães (Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 307-311); (iv) Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da Administração Pública — Problemas econômicos, limites*

teóricos e dificuldades reais. In: *Revista de Contratos Públicos — RCP*, Ano 2, nº 2, setembro de 2012/fevereiro de 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 15-16); e (v) Carlos Ari Sundfeld (Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual — Coleção Pareceres, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 139).

- 41 Mesmo porque, os limites percentuais previstos nos §§1º e 2º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93 se aplicam sobre as consequências da alteração pretendida *sobre o valor do contrato*. Logo, se não houver impacto da alteração sobre o valor do contrato — como é normalmente o caso das alterações a indicadores de desempenho no cumprimento do contrato —, não há que se falar na incidência desses limites percentuais.
- 42 Cf. Lei Federal nº 8.666/1993:
“Art. 3º **A licitação** destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e **julgada em estrita conformidade com os princípios básicos** da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (grifou-se).
- 43 No mesmo sentido, entende Marçal Justen Filho: “(...) a consagração do princípio da obrigatoriedade da licitação é sempre acompanhada do princípio da vinculação da contratação às condições da licitação. / **Levada a questão às últimas consequências, ter-se-ia de negar o cabimento às alterações contratuais no âmbito dos contratos administrativos**. Ou seja, sequer alterações consensuais poderiam ser cogitadas. / **Ora, essa conclusão não pode ser prestigiada, eis que uma das características mais essenciais dos contratos administrativos (e das concessões, em especial) consiste na mutabilidade das cláusulas contratuais. / A imposição da imutabilidade do contrato administrativo, por homenagem ao princípio da obrigatoriedade da licitação, acabaria gerando efeitos maléficos insuportáveis**. O Estado e a Sociedade teriam de suportar uma contratação cujos termos se evidenciassem como insatisfatórios. **O interesse coletivo seria sacrificado, na medida em que seria executada contratação oferecendo prestações inúteis, onerosas ou inadequadas para satisfação das necessidades correspondentes**” (grifou-se) (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 444).
- 44 A noção de princípios como “mandamentos de otimização” se difundiu no Direito Constitucional brasileiro a partir da divulgação da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90 e ss.) e hoje encontra-se plenamente sedimentada na doutrina e na jurisprudência brasileiras, em especial do STF.
- 45 Como sustenta Carlos Ari Sundfeld: “**Tenho a firme convicção de que a ‘ausência de licitação’ não é elemento decisivo para obstar quaisquer assunções de novos encargos por concessionárias**. O valor da isonomia prestigiado pela exigência de licitação é importante, sem dúvida alguma; porém, é insuficiente, por si só, para tornar nula toda e qualquer assunção de novos encargos por concessionárias de serviços ou obras públicas. **Em determinados casos, tal assunção é viável sem que isso implique violação alguma à regra da licitação**” (grifou-se) (Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual — Coleção Pareceres, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 132). Ainda segundo o mesmo autor: “A Administração Pública não está jungida ao dever de inércia, postergando providências, com o só propósito de permitir, mais adiante, a realização de licitação. O dever de licitar é meio, e não fim. **Se determinada necessidade de realização de obra ou prestação de serviço se apresenta durante a execução de contrato de concessão — ainda que no seu início, como é o caso presente — cuja duração se estende por anos ou mesmo décadas, deve a Administração Pública, observado o princípio da eficiência (art. 37, caput, da CF/1988), diligenciar para atendê-la desde logo**” (grifou-se) (Id., p. 135).
- 46 Nas palavras de Fernando Vernalha Guimarães: “O poder de modificação dos contratos administrativos diz respeito à competência deferida à Administração Pública para que essa, no âmbito da relação jurídico-contratual administrativa, exerça a tutela do objeto do contrato, cuidando de adequar a prestação decorrente às necessidades públicas envolvidas. **Desde que o interesse público imponha novas condições de prestação, deverá a Administração alterar os termos do contrato com vistas a estabelecer a adequação relativa**” (Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo - interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/1993*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 122) (grifou-se).

- 47 Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “A motivação integra a ‘formalização’ do ato [administrativo], sendo um requisito formalístico dele. É a *exposição* dos motivos, fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a *enunciação da relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado. (...) **Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como ‘causa’ do ato administrativo (...)**” (itálicos no original) (grifou-se) (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 372-373).
- 48 Como esclarece Marçal Justen Filho: “Cogita-se de alteração superveniente na medida em que se constatar, posteriormente, a inadequação do modelo original. Verifica-se que ou a Administração se equivocou ao configurar a outorga ou ocorreram eventos supervenientes que tornam inviável ou inadequada a manutenção da conformação primitiva. **Pode, mesmo, ocorrer uma mera revelação de circunstâncias já existentes à época da outorga, mas que eram então desconhecidas** — se conhecidas fossem, outra teria sido a solução consagrada” (grifou-se) (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 441).
- 49 Nesse sentido, sustenta Marçal Justen Filho que: “A Administração tem que evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual. Deve demonstrar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada. Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado” (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed.. São Paulo: Dialética, 2010, p. 771). Especificamente em relação às concessões, defende o mesmo autor que: “(...) se eventos supervenientes produzirem modificações no estado de fato, incumbirá a introdução de inovações nas condições do serviço, adequando-o às novas características ou necessidades surgidas” (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 299).
- 50 Segundo Carlos Ari Sunfeld: “Não pode o Estado exigir do contratado a realização de prestação de índole diversa daquela que se obrigou” (Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros editores, 1995, p. 228). Cf., ainda, do mesmo autor: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual — Coleção Pareceres, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 133.
- 51 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed.. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 737.
- 52 Sobre a aplicação da ideia de proporcionalidade às alterações contratuais: Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed.. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 737; e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231.
- 53 Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 233-234.
- 54 De acordo com o art. 3º da Lei Federal nº 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir a seleção da proposta *mais vantajosa* para a Administração.
- 55 Como adverte Luís Roberto Barroso: “(...) dependendo das circunstâncias concretas, **o tempo necessário para que um novo procedimento licitatório seja levado a cabo e o novo contratado inicie os trabalhos poderá deixar o interesse público gravemente desassistido**” (grifou-se) (Cf. BARROSO, Luís Roberto. Parecer: *CONCESSÃO RODOVIÁRIA. ALTERAÇÕES NO OBJETO DO CONTRATO: ACRÉSCIMO DE OBRAS NOVAS A PEDIDO DO PODER PÚBLICO. RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADES E LIMITES*. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/concessao_rodoviaria.pdf — acesso em: 24/07/2015). No mesmo sentido, entende Antônio Carlos Cintra do Amaral (Cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros editores, 1995, p. 132).
- 56 Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Alteração de Contratos de Concessão e PPP por Interesse da Administração Pública — Problemas Econômicos, Limites Teóricos e Dificuldades Reais*. In: Revista de Contratos Públicos — RCP, n. 2 — set/fev, 2012.

- 57 Cf. art. 37, XXI, da CRFB/1988; art. 65, II, d, da Lei Federal 8.666/1993; art. 9º, § 4º, da Lei Federal nº 8.987/1995; e, no caso específico das concessões florestais, art. 53, IX, da Lei Federal nº 11.284/2006.
- 58 Nas palavras de Marçal Justen Filho: “a alteração dos encargos deverá ser acompanhada da alteração dos benefícios a ele devidos” (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed.. São Paulo: Dialética, 2010, p. 737). Ainda segundo o mesmo autor: “(...) existe uma espécie de núcleo contratual imutável, relacionado com a disciplina das relações econômicas entre Administração e contratado. É inalterável a relação entre encargos e vantagens previstos na proposta do contratado e consagrados na contratação. Se houver elevação dos encargos impostos ao particular, deverá produzir-se correspondente elevação de sua remuneração. Denomina-se a isso de princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo” (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral da Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 165). Complementando a definição acima de equação econômico-financeira com o conceito de risco, de modo a evitar equívocos na aplicação do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira, observa Maurício Portugal Ribeiro que: “A representação da equação econômico-financeira, usada pela doutrina jurídica tradicional, enquanto uma igualdade de receitas/benefícios e custos/ônus simplesmente não faz sentido quando percebemos que os contratos são instrumentos de distribuição de riscos. (...) / A representação correta da equação econômico-financeira, mantendo a complexidade compatível com a elaboração da doutrina jurídica, seria algo que colocasse em um dos lados da igualdade o objeto contratual e o conjunto de riscos atribuídos ao parceiro privado e do outro lado o preço que lhe é devido para prestar o serviço e assumir esses riscos” (Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs — Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 102-103).
- 59 Cf. art. 9º, § 4º, da Lei Federal nº 8.987/1995.
- 60 Ver a respeito a nota de rodapé nº 16.
- 61 Como explicam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, a nova fase das concessões no Brasil, iniciada nos anos 1990, após o advento da Lei Federal nº 8.987/1995, se caracteriza por “(...) uma crescente especificação das características do serviço a ser adquirido pelo Poder Público” (Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Pareceria Público Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 192).
- 62 No mesmo sentido, Maurício Portugal Ribeiro afirma que: “Os indicadores de desempenho são o cerne de qualquer contrato de concessão comum e PPP, pois eles estabelecem as características do serviço que a iniciativa privada deverá prestar” (Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs — Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 69).
- 63 Como ensina Maurício Portugal Ribeiro: “**Esses indicadores devem, em primeiro lugar, estar focados no resultado a ser obtido pelo Poder Público e pelo usuário**, isto é, as características do serviço, **transferindo tanto quanto possível as decisões sobre os insumos, materiais, tecnologia, pessoal, equipamentos para o parceiro privado**. / **Quanto mais o indicador se focar no resultado final (output), nas características objetivas do serviço, mais espaço terá a iniciativa privada para gerar ganhos de eficiência que, se o contrato e a licitação forem estruturados adequadamente, serão pelo menos parcialmente compartilhados com o usuário e o Poder Público**. (...) / Além disso, o ideal é que o indicador de desempenho seja objetivo, verificável, e, se nos permitirmos usar um neologismo, ‘monitorável!’” (itálicos no original) (grifou-se) (Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs — Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 70)
- 64 Como lembra Egon Bockmann Moreira: “Desde a definição do seu mérito, **o projeto concessão visa à busca da prestação do serviço adequado — aquele que melhor atenda às demandas sociais**. Mas, como insistentemente frisado, o conceito de serviço adequado é relacional e precário. Relacional porque envolve a definição de certo número de variáveis e sua convivência ao interno de projeto específico. Precário devido ao fato de que **a evolução tecnológica, combinada com as culturas demandas sociais, exigirá a constante atualização do serviço**. Então, **não serão poucos os momentos de mutação e adaptação recíproca das partes envolvidas**. (...) Seria ilusório — se não errado — supor que haverá um contrato de concessão tão completo que o torne imune a variações” (grifou-se) (Cf. MOREIRA, Egon

Bockman. *Direito das Concessões de Serviço Público — inteligência da Lei 8.987/1995 — Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 410).

- 65 Como destaca Egon Bockman Moreira: “**A supervisão faz com que o concedente tome contato com as variações impostas ao negócio e o mundo dos fatos, correlacionando-as às exigências do presente e do futuro do contrato.** (...) Assim, **o ato de fiscalizar colabora na construção e aplicação da efetiva capacidade de aprendizagem dos contratos de concessão. A atividade concessionária exige esta adaptabilidade para persistir na íntegra a finalidade do projeto de concessão.** / A fiscalização abrange a análise, compreensão e prospecção das variáveis endógenas e exógenas ao contrato de concessão, oriundas das áreas pública e privada. **O concedente precisa estar a par das peculiaridades daquele específico setor econômico em que se desenvolve atividade concessionária e de sua evolução (técnica e social), numa visão prospectiva que permita ao projeto permanecer eficaz ao longo de todo o prazo do contrato.** (...) Todos os dados úteis e necessários ao cumprimento do desiderato contratual deverão ser levados em conta e poderão implicar a necessidade de alterações no negócio jurídico (preservando-se seu objeto e seu conteúdo), de molde a assegurar sua persistência em todo o prazo originalmente contratados. Mediante essa mudança estar-se-á preservando a segurança do contrato de concessão” (grifou-se) (Cf. MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das Concessões de Serviço Público — inteligência da Lei 8.987/1995 — Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 199).
- 66 O princípio da atualidade se caracteriza pela ideia de se ter um serviço público prestado com técnicas atuais, visando ao seu constante aperfeiçoamento. Como explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “(...) tido como **cláusula de progresso, o princípio da atualidade vem a ser um corolário do princípio da eficiência, no sentido de que o progresso da qualidade das prestações ao usuário deve ser considerado um dos direitos do cidadão, de modo que o Estado, ao assumir um serviço como público, impõe-se também o correlato dever de zelar pelo seu aperfeiçoamento, para que os frutos da ciência e da tecnologia sejam distribuídos o mais amplamente possível.** (...) / Implícito, portanto, no dever estatal de desenvolver esforço e vigilância contínuos, para alcançar a *eficiência* no máximo grau possível, está o de constante aperfeiçoamento dos serviços a seu cargo, compreendendo, como explicita a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em seu art. 6º, § 2º: *a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e a expansão dos serviços*” (italônico no original) (grifou-se) (Cf., MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 428).
- 67 No mesmo sentido, sustenta Marçal Justen Filho, que, embora admita que “[d]entro de certos limites, um serviço pode ser eficiente ainda que não seja moderno”, afirma que “**a manutenção das técnicas anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência**” (grifou-se) (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 307).
- 68 O Programa Nacional de Desestatização — PND foi criado através da Lei Federal nº 8.031/1990, posteriormente revogada pela Lei Federal nº 9.491/1997, que passou a disciplinar tal programa.
- 69 Cf. CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 03/2014-MME-UHE TRÊS IRMÃOS-ANEEL (TIJOA PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.), CLÁUSULA OITAVA, PADRÕES DE QUALIDADE DO SERVIÇO DE EXPLORAÇÃO DA GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.
- 70 Cf. Id., Subcláusula Única.
- 71 Cf. CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 22/2014-ANEEL (COPEL GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S.A.), CLÁUSULA QUARTA - OBRIGAÇÕES E ENCARGOS DA TRANSMISSORA, Décima Quarta Subcláusula, II, “h”. Os “PROCEDIMENTOS DE REDE”, segundo a definição contratual, consistem em um “documento de caráter normativo proposto pelo ONS (Operados Nacional de Serviço Elétrico) e aprovado pela ANEEL, que estabelece os procedimentos e os requisitos técnicos para o planejamento, a implantação, o uso e a operação das instalações bem como as responsabilidades do ONS e das concessionárias” (Cf. Id., CLÁUSULA PRIMEIRA — DEFINIÇÕES, XXVI). Regra semelhante já se encontrava prevista desde 2000, no CONTRATO DE CONCESSÃO DE TRANSMISSÃO Nº 096/2000 — ANEEL (EXPANSION — TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA LTDA.), CLÁUSULA QUARTA - OBRIGAÇÕES E ENCARGOS DA TRANSMISSORA, Décima Primeira Subcláusula, II, “g”.

- 72 Cf. Id., CLÁUSULA SÉTIMA — REVISAO DA RECEITA ANUAL PERMITIDA — RAP, Terceira Subcláusula. A mesma regra já se encontrava prevista desde 2000, no CONTRATO DE CONCESSÃO DE TRANSMISSÃO N° 096/2000 — ANEEL (EXPANSION — TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA LTDA.), CLÁUSULA SEXTA - RECEITA DO SERVIÇO DE TRANSMISSÃO, Oitava Subcláusula.
- 73 CONTRATO DE CONCESSÃO N° 145/2002 - ANEEL (Cooperativa Aliança - COOPERALIANÇA), ANEXO III — ANEXO DE QUALIDADE DO FORNECIMENTO — QUALIDADE DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA. Na CLÁUSULA SEGUNDA - CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, Subcláusula Décima Sexta, do mesmo contrato, também se estabelece a obrigação da concessionária de “melhorar o nível de qualidade do serviço, de acordo com os critérios, indicadores, fórmulas e padrões, definidos no Anexo III deste Contrato e na legislação atual **e superveniente**” (grifou-se).
- 74 Cf. Cláusula 3.2 dos Anexos I (Modelo do Contrato de Concessão do STFC na modalidade Local), II (Modelo do Contrato de Concessão do STFC na modalidade Longa Distância Nacional — LDN, Regiões I, II e III do PGO), III (Modelo do Contrato de Concessão do STFC na modalidade Longa Distância Nacional — LDN, Região IV do PGO) e IV (Modelo do Contrato de Concessão do STFC na modalidade Longa Distância Internacional — LDI) da Resolução ANATEL n° 552/2010. A Anatel tem utilizado estes modelos nos contratos por ela celebrados — por exemplo, no CONTRATO PBOA/SPB N° 160/2011-ANATEL celebrado com a Embratel, no CONTRATO PBOA/SPB N° 155/2011-ANATEL celebrado com a Telecomunicações de São Paulo S.A. e no CONTRATO PBOA/SPB N° 125/2011-ANATEL celebrado com a Telemar Norte Leste S.A, entre outros.
- 75 Cf. Id., § 2º.
- 76 Cf. Modelo de CONTRATO DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL da 12ª Rodada, realizada pela ANP em 2013, Cláusula, 14.11, c).
- 77 Cf. Id., Cláusula 1.3.39: “Plano de Desenvolvimento: documento em que se especifica o programa de trabalho e respectivos investimentos necessários à Etapa de Desenvolvimento de uma Descoberta ou conjunto de Descobertas de Petróleo e Gás Natural na Área de Concessão”.
- 78 Cf. Id., Cláusula 1.3.28: “Melhores Práticas da Indústria do Petróleo: práticas e procedimentos geralmente empregados na Indústria de Petróleo em todo o mundo, por Operadores prudentes e diligentes, sob condições e circunstâncias semelhantes àquelas experimentadas relativamente a aspecto ou aspectos relevantes das Operações, visando principalmente à garantia de: (a) **aplicação das melhores técnicas e procedimentos mundialmente vigentes nas atividades de Exploração e Produção**; (b) conservação de recursos petrolíferos e gasíferos, o que implica a utilização de métodos e processos adequados à maximização da recuperação de hidrocarbonetos de forma técnica, econômica e ambientalmente sustentável, com o correspondente controle do declínio de reservas, e à minimização das perdas na superfície; (c) segurança operacional, o que impõe o emprego de métodos e processos que assegurem a segurança das Operações, contribuindo para a prevenção de incidentes; (d) preservação do meio ambiente e respeito às populações, o que determina a adoção de tecnologias e procedimentos associados à prevenção e à mitigação de danos ambientais, bem como ao controle e ao monitoramento ambiental das Operações de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural” (grifou-se).
- 79 Cf. Id., Cláusula 10.11, a) e b).
- 80 Cf. Subcláusula 18.4.2(i) do Contrato de Concessão referente ao Edital n° 003/2013 Parte VII — Rodovia Federal BR-163/MT.
- 81 Cf., por exemplo, Cláusula 34 c/c Cláusula 64, b) e e), do Contrato de Concessão celebrado entre União, por intermédio do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, e Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. — DNER/PROCURADORIA GERAL PG-137/95-00.
- 82 Cf. Cláusula 6.10 do Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração do Aeroporto Internacional de Brasília, referente ao Edital do Leilão n° 2/2011 da ANAC.
- 83 Cf. Id., Cláusula 5.2.2.
- 84 Conforme já mencionado, a compatibilização de princípios constitucionais que, aparentemente, se encontram em conflito em um caso concreto, requer, como resultado lógico do reconhecimento de sua normatividade, considerá-los como mandados de otimização

- i.e., buscar garantir a máxima efetividade no caso concreto de cada princípio constitucional em aparente conflito. Nesse sentido já se posicionou o STF: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: **DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE” (grifou-se) (Cf. STF, ADI 3943-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 06/08/2015).
- 85 Ver a respeito as informações disponíveis no sítio eletrônico do SFB sobre concessões florestais, especialmente as páginas “Florestas sob concessão” e “Próximas concessões”, em <http://www.florestal.gov.br/> (acesso em 30/11/2015).
- 86 Conforme já reconheceu o próprio SFB nos documentos técnicos que justificam as alterações promovidas nos Indicadores Classificatórios e/ou Bonificadores entre um e outro edital, ou, ainda, nos documentos que justificam a edição de nova resolução disciplinando o uso desses indicadores. Por exemplo, na Nota Técnica nº 22/2011/GECOF/SFB/MMA, de 22 de setembro de 2011, sobre a “[r]egulamentação dos indicadores técnicos e os critérios de elaboração de propostas e julgamento do processo licitatório para concessões florestais federais”, fica claro o reconhecimento desse processo de aprendizado do SFB e das concessionárias e potenciais interessados nas concessões florestais: “1.3. Os três primeiros contratos de concessão florestal foram assinados em 2008, para a Floresta Nacional do Jamari. **Ao longo desses três anos de vigência contratual várias experiências estão sendo vivenciadas pela gestão e monitoramento dos contratos, sobretudo após o início das explorações florestais em 2010. Neste período, também foram elaborados seis novos editais e pré-editais de concessão florestal, contratados novos estudos e assessorias que vêm auxiliando na consolidação de entendimentos legais, técnicos e econômicos necessários para o sucesso do projeto.** / 1.4. (...) Para o estabelecimento dos indicadores técnicos foi feita uma revisão da Resolução nº 3/2007 **de modo que fossem incorporadas as experiências acumuladas na implementação das concessões florestais e elaboração dos editais de licitação**” (grifou-se). No mesmo sentido, vale citar o disposto na Nota Técnica nº 42/2012/GECOF/SFB/MMA, de 17 de outubro de 2012, sobre a “[a]lteração dos indicadores técnicos utilizados nos editais de concessão florestal federal e unificação do seu período de verificação”: “1.2. **Esta alteração é necessária para (i) incorporar os avanços conceituais, metodológicos e normativos do processo de concessão florestal federal, (ii) reduzir os custos de conformidade para as partes contratantes, (iii) incentivar as boas práticas de manejo florestal e (iv) unificar a data de verificação dos indicadores técnicos**” (grifou-se).
- 87 Importante observar que há indicadores classificatórios que também geram bonificação para a concessionária florestal que atinja um nível de desempenho superior ao que era obrigada a atingir. Esse nível de desempenho que gera a bonificação da concessionária encontra-se previsto na ficha de parametrização dos indicadores da concessão.
- 88 No Anexo 12 do Edital de Licitação da Flona do Jamari e no Anexo 7 do Edital de Licitação da Flona de Saracá-Taquera, os indicadores classificatórios são: A1 — Monitoramento da dinâmica de crescimento e da recuperação da floresta; A2 — Redução de danos à floresta remanescente durante a exploração florestal; A3 — Investimento em infraestrutura e serviços para comunidade local; A4 — Geração de empregos locais; A5 — Geração de empregos da concessão florestal; A6 — Diversidade de produtos explorados na unidade de manejo florestal; A7 — Diversidade de espécies exploradas na unidade de manejo florestal; A8 — Diversidade de serviços explorados na unidade de manejo florestal; e A9 — Grau de processamento local do produto.
- 89 No Anexo 12 do Edital de Licitação da Flona do Jamari, os indicadores bonificadores são: B1 — Apoio e participação em projetos de pesquisa; B2 — Implementação de programas de conservação da fauna na UMF; B3 — Política afirmativa de gênero; B4 — Fornecimento

- de matéria prima para utilização pela indústria local; B5 — Implantação e manutenção de sistemas de gestão e desempenho de qualidade socioambiental. No Anexo 7 do Edital de Licitação da Flona de Saracá-Taquera, os indicadores bonificadores são: B1 — Apoio e participação em projetos de pesquisa; B2 — Implementação de programas de conservação da fauna na unidade de manejo florestal; B3 — Política afirmativa de gênero; B4 — Implantação e manutenção de sistemas de gestão e desempenho de qualidade socioambiental; e B5 — Participação da comunidade local na exploração de produtos e serviços, objetos da concessão florestal, na unidade de manejo.
- 90 Nos Anexos 15 dos Editais de Licitação das Flonas do Crepori, do Amana Lote 2 e de Altamira e no Anexo 12 do Edital de Licitação da Flona de Caixuanã, os indicadores classificatórios são: A1 — Implantação e manutenção de sistema de gestão e desempenho de qualidade das operações florestais; A2 — Investimento em infraestrutura e serviços para comunidade local; A3 — Adoção de inovações técnicas e tecnológicas associadas ao manejo florestal; e A4 — Grau de processamento local do produto florestal. No Anexo 12 da proposta de Edital de Licitação colocada em consulta pública para as Flonas de Itaituba I e II, os indicadores classificatórios são: A1 — Implantação e manutenção de sistema de gestão e desempenho de qualidade das operações florestais; A2 — Investimento em infraestrutura e serviços para comunidade local; A3 — Grau de processamento local do produto florestal; e A4 — Constituição de sociedade de propósito específico (SPE).
- 91 Nos Anexos 15 dos Editais de Licitação das Flonas do Crepori, do Amana Lote 2 e de Altamira, os indicadores bonificadores são: B1 — Investimentos na proteção da UMF; B2 — Geração de empregos pela concessão florestal; B3 — Capacitação dos empregados; B4 — Implantação e manutenção de sistema de gestão da qualidade, responsabilidade social e saúde e segurança no trabalho; B5 — Aproveitamento de resíduos florestais; e B6 — Implantação e manutenção de Sistema de Gestão da Qualidade na indústria. No Anexo 12 do Edital de Licitação da Flona de Caixuanã, os indicadores bonificadores são: B1 — Apoio e participação em projetos de pesquisa; B2 — Geração de empregos pela concessão florestal; B3 — Capacitação dos empregados; B4 — Implantação e manutenção de sistema de gestão da qualidade, responsabilidade social e saúde e segurança no trabalho; B5 — Aproveitamento de resíduos florestais; e B6 — Implantação e manutenção de Sistema de Gestão da Qualidade na indústria. No Anexo 12 da proposta de Edital de Licitação colocada em consulta pública para as Flonas de Itaituba I e II, os indicadores bonificadores são: B1 — Investimentos em bens e serviços voltados para a proteção da UMF; B2 — Capacitação dos empregados e residentes locais; B3 — Implantação e manutenção de sistema de gestão da qualidade, responsabilidade social e saúde e segurança no trabalho; B4 — Aproveitamento de resíduos florestais; B5 — Implantação e manutenção de Sistema de Gestão da Qualidade na indústria; e B6 — Adoção de inovações técnicas e tecnológicas associadas ao manejo florestal.
- 92 A rigor, o SFB chegou a utilizar 7 (sete) Indicadores Bonificadores no Edital de Licitação para concessões florestais na Flona de Amana, em concorrência realizada em 2010, que acabou sendo revogada.
- 93 Ver a respeito: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- 94 Ver a respeito a “Subcláusula 6.5 — Da revisão ordinária dos indicadores e parâmetros de bonificação” do “Anexo 13 — Minuta do contrato de concessão florestal” do edital de licitação para concessão florestal da Concorrência nº 01/2015, da Flona de Caixuanã.
- 95 É o que se percebe da leitura dos arts. 20, XI, e 30, VI, XI e XVII, da Lei Federal nº 11.284/2006, bem como dos arts. 18, IX, e 23, III e V, da Lei Federal nº 8.987/1995.

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

CadernosFGVDIREITORIO
SérieClínicas

ISBN 978-85-63265-70-8



9 788563 265708

 **FGV DIREITO RIO**