

Indicadores de Desempenho em Concessões e PPPs: marco jurídico e implementação prática no Brasil

Diogo Albaneze Gomes Ribeiro

Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP

Matheus Palhares Vieira

Mestre em Direito Administrativo pela UFMG

Carolainy Castro

Especialista em Direito Administrativo pela PUC/MG

1. Introdução

A modernização dos contratos administrativos brasileiros tem demonstrado uma evolução significativa na incorporação de mecanismos de controle de qualidade e vinculação da remuneração ao desempenho efetivo dos contratados. Os indicadores de desempenho emergem como instrumentos essenciais para mensurar a performance das empresas que executam contratos de concessão e parcerias público-privadas (PPPs), representando um avanço na garantia da qualidade dos serviços públicos transferidos à iniciativa privada.

Esta transformação reflete uma mudança paradigmática na relação entre o setor público e privado, onde a simples execução formal dos contratos cede espaço a um modelo de gestão orientado por resultados mensuráveis e objetivos. A implementação prática desses mecanismos tem se mostrado cada vez mais sofisticada, com exemplos concretos em PPPs de iluminação pública, rodovias e educação, evidenciando uma modernização dos contratos administrativos no sentido de garantir a qualidade dos serviços concedidos e incentivar os contratados a executarem os objetos contratuais próximo aos níveis máximos esperados. Essa abordagem busca superar as limitações históricas dos contratos administrativos tradicionais, que frequentemente privilegiavam aspectos formais em detrimento da efetiva qualidade dos serviços prestados à população.

O presente artigo analisa os aspectos jurídicos dos indicadores de desempenho no direito brasileiro, examinando sua evolução normativa, implementação prática e os desafios emergentes dessa modernização contratual. A complexidade crescente desses arranjos contratuais suscita questões relevantes, particularmente no que se refere à revisão dos indicadores ao longo da execução contratual, aos mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro e à aplicação de descontos vinculados ao desempenho.

A partir de uma análise das bases legais estabelecidas pelas Leis nº 8.987/1995, 11.079/2004 e 14.133/2021, bem como de exemplos práticos de implementação em PPPs nos setores das concessões rodoviárias e do saneamento, busca-se compreender os fundamentos teóricos e práticos que orientam a utilização eficiente desses instrumentos no contexto brasileiro.

2. Indicadores de Desempenho: conceito e bases legais

Os indicadores de desempenho são o conjunto de parâmetros utilizados para mensurar a performance das empresas que executam contratos administrativos, especialmente de concessão e PPP. Por meio dessas métricas, afere-se se o objeto contratual vem sendo executado com qualidade (CAVALCANTE FILHO, Elias et al, 2022).

O uso de indicadores de desempenho torna-se necessário quando não é possível medir diretamente o cumprimento das obrigações contratuais. Quando essa medição direta é viável, dados simples e objetivos podem ser suficientes — como a quilometragem de vias mantidas em condições adequadas em um contrato de concessão rodoviária ou o número de unidades habitacionais entregues em uma PPP habitacional. No entanto, se o objetivo for avaliar não apenas o volume do resultado, mas também a sua qualidade, é preciso combinar diferentes informações para construir indicadores mais completos. Por exemplo, em vez de considerar apenas os quilômetros de rodovia conservados, é relevante avaliar também os padrões de qualidade do pavimento, o tempo de resposta às ocorrências ou o índice de satisfação dos usuários. Da mesma forma, no caso de uma PPP para construção e gestão de escolas, além do número de vagas ofertadas, devem ser considerados aspectos como o nível de conforto térmico das instalações, a regularidade da manutenção predial e o desempenho educacional dos alunos, por exemplo. (BITTENCOURT, 2004)

A Lei Federal nº 8.987/1995 instituiu o regime jurídico das concessões de serviços públicos, prevendo expressamente a necessidade de controle da qualidade dos serviços prestados. O artigo 6º, § 1º, da referida lei determina que "*serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*".

Nesse sentido, o artigo 23, III, da mesma Lei estabelece que os contratos de concessão deverão conter cláusulas tratando dos "*critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço*", determinando que a Administração Pública fixe formas de mensurar o desempenho da concessionária, para garantir que os serviços concedidos à iniciativa privada estão se desenvolvendo adequadamente.

Do mesmo modo, o artigo 29, inciso I, da Lei nº 8.987/1995 estabelece como obrigação do Poder Concedente "*regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação*".

Os artigos retromencionados são interrelacionados: ao se transferir os serviços públicos para a iniciativa privada, deve ser garantido um serviço adequado, o que exige a fixação de métricas de mensuração da qualidade e, conseqüentemente, uma atuação fiscalizatória do Poder Concedente (por si ou por terceiros para isso contratados) para garantir o cumprimento dessas premissas legais e contratuais.

A Lei Federal nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, ao seu turno, estabelece diretrizes específicas para o controle de desempenho nessa modalidade contratual. Em seu artigo 5º, VIII, a Lei de PPP estipula a obrigação de os contratos de PPP disporem de cláusula tratando dos "*critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado*". O artigo 6º, §1º, desta Lei, após alteração promovida pela Lei Federal nº 12.766/2012, passou a permitir que a remuneração do parceiro privado poderá ser variável e vinculada ao seu desempenho: logo, o baixo desempenho poderá levar à redução dos pagamentos da contratada.

Esse permissivo tem sido muito utilizado nas PPPs brasileiras, notadamente naquelas em que o parceiro privado é remunerado mediante contraprestação mensal; exemplos podem ser encontrados em PPPs de iluminação pública (como a efetivada na cidade de Belo Horizonte/MG⁴⁰) e de educação (tal qual a licitada pelo Município de São Paulo/SP⁴¹).

A utilização de indicadores de desempenho e remuneração variável, para além das PPPs, passou a ser passível de uso em contratos administrativos em geral, com a entrada em vigor da nova lei de licitações – Lei Federal nº 14.133/2021⁴². O artigo 144 da referida lei prevê que a Administração poderá estabelecer "*remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato*".

Dessa forma, tanto a legislação quanto a prática dos contratos administrativos atuais têm evoluído para incorporar, de maneira crescente, previsões que assegurem a qualidade dos serviços concedidos e incentivem os contratados a executar os objetos contratuais com excelência, aproximando-se dos níveis máximos de desempenho esperados.

Estabelecidas essas bases normativas fundamentais, torna-se necessário examinar as características específicas que devem orientar a estruturação dos indicadores de desempenho, conforme analisado na seção seguinte.

⁴⁰ Contrato de Concessão AJ 016/2016, do Município de Belo Horizonte/MG.

⁴¹ Contrato de Concessão nº 01/2025, do Município de São Paulo (PPP Escolas).

⁴² Vale destacar que a previsão da remuneração variável vinculada ao desempenho da contratante era prevista de forma expressa no artigo 10º da Lei nº 12.462/2011, que instituiu o RDC, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, revogado recentemente pela Lei 14.133/2021. O texto do artigo revogado é praticamente reprisado no artigo 144 do novo diploma das regras gerais de contratações públicas.

2.1. Características dos Indicadores de Desempenho

Os indicadores de desempenho devem ser facilmente mensurados e não podem se apresentar como travas ou dificultadores da execução contratual (RIBEIRO, 2010).

A lógica a ser utilizada nos indicadores deve ser a de resultados. Ou seja, a mensuração deve levar em consideração se o resultado obtido pelo parceiro privado atendeu à qualidade esperada, deixando de se ater ao processo ali utilizado (RADAR PPP, 2014)⁴³. Ao final, as concessionárias ficam livres para adotar os caminhos que entenderem mais adequados para o atingimento das metas contratuais, o que privilegia, inclusive, a busca por soluções inovadoras e desenvolvimento das PPPs em si.

Isso porque, não podemos perder de vista que as concessões são típicos contratos fim, cabendo aos parceiros privados, com base na sua autonomia gerencial, identificar, consoante as diretrizes mínimas e mandatórias estipuladas no instrumento contratual, a melhor forma de implantar a infraestrutura contratada e prestar os serviços concedidos – e, com isso, atender as metas de qualidade dos serviços, tal como estipuladas contratualmente. Por óbvio, ao se buscar meios ótimos para cumprimento dos seus deveres contratuais, caberá às concessionárias a observância das regras gerais, leis, regulamentos, dentre outros. A inovação não poderá dar azo a ilegalidades.

Ademais, considerando que os indicadores de desempenho são crescentemente vinculados ao efetivo pagamento das concessionárias, é imprescindível que seus parâmetros sejam previamente fixados. Desse modo, ainda na licitação, os particulares interessados naquele contrato poderão elaborar suas propostas considerando essa variável, evitando maiores discussões e divergências posteriores. Maurício Portugal (2010) menciona que os indicadores devem ser objetivos, verificáveis e monitoráveis⁴⁴.

Além disso, princípios gerais de licitação não podem ser esquecidos nesse momento⁴⁵. A razoabilidade, a proporcionalidade e a eficácia dos indicadores de desempenho devem ser

⁴³ Como bem trabalhado no Guia Prático para Estruturação de Programas e Projetos de PPP, elaborado pela Radar PPP (p. 81), “Uma característica chave da PPP é que o desempenho deve ser medido sob a lógica de resultados (como na avaliação da qualidade da superfície da estrada) e não em processos (como na avaliação dos materiais utilizados na manutenção da superfície da estrada). A PPP, portanto, representa uma mudança do paradigma da gestão da infraestrutura pública, uma vez que o compromisso do contratado passou a ser com o objetivo finalístico da prestação do serviço. Isso permite e incentiva a concessionária a ser inovadora na tentativa de atingir os requerimentos do contrato, pois não existem travas com relação aos meios que devem ser utilizados para atingir este fim”.

⁴⁴ “Além disso, o ideal é que o indicador de desempenho seja objetivo, verificável, e, se nos permitirem usar um neologismo, “monitorável”. É preciso que seja possível para o Poder Público monitorar facilmente o indicador de desempenho, se possível eletrônica ou mecanicamente por meios automáticos que prescindam de avaliação humana. Isso é viável em diversos casos. Por exemplo, todos os indicadores que elencamos acima são monitoráveis mecânica ou eletronicamente” (p. 73).

⁴⁵ Lei Federal nº 14.133/2021: “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da

privilegiadas. Afinal, contratos com metas inatingíveis podem se tornar antieconômicos, violando, por consequência, as determinações legais relacionadas a licitações.

Os contratos administrativos, em última instância, buscam a concretização de direitos e garantias previstos na Constituição Federal, cuja obrigação primária de prestação é do Poder Público⁴⁶. Assim, a exequibilidade dos índices de desempenho deve ser uma prioridade, visto que, ao final, a boa execução dos contratos de concessão é proveitosa para contratante, contratado e para os usuários daqueles serviços, quando houver.

Compreendidas as características essenciais dos indicadores de desempenho, passa-se à análise dos mecanismos de revisão desses parâmetros, tema fundamental para a manutenção do equilíbrio contratual ao longo da execução dos contratos de concessão e PPP.

3. Revisão dos Indicadores de Desempenho

A revisão dos indicadores de desempenho constitui mecanismo fundamental para a adequação dos contratos de concessão e PPP às mudanças das circunstâncias fáticas e normativas que possam ocorrer durante a execução contratual. Tal revisão encontra fundamento nos princípios da continuidade do serviço público, da eficiência administrativa e da preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, positivados no art. 5º da Lei Federal nº 14.133/2021.

Usualmente, os contratos de concessão e PPP contam com cláusulas de revisão ordinária e extraordinária. A primeira ocorre periodicamente e a segunda é aplicável em decorrência de fatos supervenientes ou eventos que demandem a revisão da avença fora do período previamente estabelecido (RIBEIRO, 2010).

Cristina Mastrobuono (2019), ao tratar da revisão ordinária, bem destacou que esse momento contratual pretende sanear a incompletude dos contratos, cabendo às partes a adoção de uma postura colaborativa para se chegar a um denominador comum que atenda tanto às pretensões do parceiro privado, quanto o interesse público.

Em regra, essas revisões buscam averiguar a adequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato face à proposta comercial, objetivando a reavaliação das condições de mercado e os ganhos de produtividade, quando também realizarão ajustes que reflitam

igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)."

⁴⁶ Constituição Federal: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

possíveis distorções, para mais ou para menos, nos custos dos serviços, nos insumos em geral, consoante as disposições.

Quando as mudanças efetivadas por ocasião das revisões impactarem a equação financeira do contrato, seu reequilíbrio econômico-financeiro é tema que deverá ser abordado.

Os temas a serem submetidos às revisões ordinárias, em regra, são definidos no texto do contrato. Na Bahia, por exemplo, no Contrato de Concessão nº 001-2018-SEINFRA, referente à PPP do Sistema Viário BA-052, são objetos dessa revisão (i) o plano original de investimentos, (ii) os cronogramas de obras e serviços, (iii) o plano de seguros, (iv) as garantias e (v) os índices de desempenho⁴⁷.

O contrato de concessão dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário da região metropolitana de Maceió, por sua vez, especificou que a revisão ordinária ocorrerá com vistas a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, podendo tratar, apenas, dos seguintes temas: (i) alterações no plano regionalizado de saneamento básico, (ii) conclusão de obras e investimentos e/ou (iii) alterações e atualizações relevantes nas metas de desempenho⁴⁸.

A análise desses mecanismos de revisão conduz naturalmente ao exame da relação entre alterações nos indicadores de desempenho e a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, conforme detalhado a seguir.

3.1. Revisão dos indicadores de desempenho e reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

A equação econômico-financeira de qualquer contrato administrativo, incluindo as concessões e parcerias público-privadas (PPPs) decorre da preservação, durante toda a vida

⁴⁷ "21.1 No 7º (sétimo) e no 14º (décimo quarto) anos da concessão, contados a partir data de assinatura, serão conduzidos os processos de revisão ordinária da concessão, os quais poderão resultar na revisão do plano original de investimentos, dos cronogramas de obra e serviços, planos de seguros, garantias dos índices de desempenho, a fim de adaptá-los às modificações ou alterações que tenham sido percebidas ao longo do tempo, sempre observado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e as demais normas contratuais pertinentes".

⁴⁸ "29.1. A revisão tarifária ordinária será realizada a cada 4 (quatro) anos, contados da data de início da operação do sistema, objetivando a avaliação da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato face à proposta comercial, tendo seu escopo, todavia, limitada aos seguintes eventos, os quais apenas poderão ser tratados no âmbito das revisões ordinárias:

29.1.1. alterações procedidas no plano regionalizado de saneamento básico;

29.1.2. conclusão de obras e investimentos executadas pelo estado, CASAL ou municípios integrantes da área de concessão que venham a ser operados pela concessionária;

29.1.3. Alterações e atualizações relevantes nas metas de desempenho constantes do Anexo V - Indicadores de Metas e Níveis de Serviços".

do contrato, dos encargos e vantagens assumidas pelas partes por ocasião da contratação (JUSTEN FILHO, 2015).

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro consiste numa característica essencial dos contratos administrativos. Pela regra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, devem ser preservadas as premissas inicialmente pactuadas quando da apresentação da proposta comercial, na fase da licitação⁴⁹ (FREITAS, 2017).

O direito ao equilíbrio contratual visa, portanto, a proteger a proposta econômica e o balanço contratual de qualquer modificação que prejudique o equilíbrio econômico-financeiro, decorrente de qualquer fato exógeno que venha a afetá-lo, desestruturando a matriz de riscos do contrato, ampliando os encargos do parceiro privado ou reduzindo a sua expectativa de receitas em decorrência da materialização de riscos e/ou fatos extraordinários que não lhe competem.

A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro também deriva da boa-fé que deve existir entre as partes. Nem a Administração nem o particular devem tentar obter ganhos ilegítimos na relação contratual. Agustín Gordillo (1982) ensina que os contratos administrativos

são essencialmente de boa-fé, o que leva a que a Administração não deva atuar como se tratasse de um negócio lucrativo, nem a tratar de obter ganhos ilegítimos à custa do contratante, nem a aproveitar-se de situações legais ou fáticas que a favoreçam em prejuízo do contratante.

Esses fundamentos são refletidos no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, segundo o qual o administrado tem direito à manutenção “das condições efetivas da proposta”.⁵⁰

Portanto, uma vez alteradas as condições econômicas e/ou financeiras inicialmente previstas quando da elaboração da proposta, o contrato deve ser reequilibrado. Afinal, os contratos não devem ser fonte de prejuízos para nenhuma das partes.

Considerando tais circunstâncias, a alteração dos índices de desempenho pode acarretar reequilíbrio do contrato, caso a mudança efetivada descompense a relação contratual

⁴⁹ “Dito em outros termos, o equilíbrio econômico-financeiro das concessões só será preservado se forem mantidas as bases econômicas que orientaram a contratação do concessionário, isto é, o valor econômico de sua proposta apresentada na licitação, nos termos do artigo 9º, caput, da Lei nº 8.987/1995. Trata-se de tarefa que não é despida de complexidade, seja pelo conjunto de escopos dessa avença, seja pela sua dependência de receitas tarifárias – as quais são atreladas aos princípios da modicidade tarifária e da continuidade dos serviços públicos (art. 6, §2º, da Lei nº 8.987/1995)”. (pág. 203).

⁵⁰ “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 permite as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

para uma das partes. Da mesma forma, eventual alteração dos índices de desempenho em decorrência de eventos novos também permite que a parte prejudicada pugne pelo rearranjo contratual, para manter o sinalagmatismo do negócio.

Imaginemos um cenário atrelado a concessões de abastecimento de água e tratamento de esgoto. Comumente, são previstos índices de universalização da cobertura de esgotamento sanitário, índice de vazamentos, indicadores de tratamento de esgoto, dentre outros.

A execução dos serviços pela concessionária exige acesso aos logradouros públicos para execução de obras, conferência dos equipamentos utilizados pelos usuários, dentre outros. Se, ao longo do contrato, formam-se áreas cujo acesso se torna arriscado, seja em decorrência de ações de grupos criminosos, seja em decorrência de impactos geológicos e climáticos, a manutenção da consideração dessas localidades para fins de indicadores de desempenho poderá levar a um resultado inconsistente com a realidade, visto que as conclusões obtidas estarão maculadas por um fator externo não controlável pelas partes.

O impedimento de acesso pode inviabilizar a fiscalização dos equipamentos, a troca e instalação de materiais necessários ao serviço e, conseqüentemente, o atendimento aos usuários, impactando o número de usuários do serviço, a qualidade das entregas da concessionária, dentre outros. Assim, caso não se promova a alteração dos parâmetros utilizados como base para a mensuração dos índices dependentes dessa atuação *in loco*, a perpetuação de um desarranjo contratual é bastante provável.

Outro exemplo pode ser dado com o setor rodoviário. Em alguns contratos da ANTT⁵¹ já é prevista a cobertura *wireless* ao longo do sistema rodoviário. Essa cobertura deve dar acesso à rede interna da concessionária e permitir que sejam feitas chamadas de emergência, envio de mensagens, acesso aos aplicativos da concessionária, dentre outros. As tecnologias da rede, os tipos de dispositivo e os equipamentos a serem utilizados para esse objeto do contrato são previamente fixados.

Se, ao longo da execução contratual, as tecnologias ali previstas se tornarem obsoletas, a revisão dos parâmetros previamente postos será imperativa e essa mudança poderá levar à redução ou aumento de custos da concessionária e, alteradas as balizas previstas no momento da licitação do ativo, abre-se espaço para o reequilíbrio do contrato.

Em outras palavras, se houver a alteração das premissas que embasaram as condições efetivas da proposta e que subsidiaram a assinatura do contrato de concessão, haverá quebra da base do negócio jurídico, que resulta na necessidade de revisão da avença, sob pena de se violar a cláusula geral da boa-fé objetiva⁵². O mesmo raciocínio se aplica quando a premissa é

⁵¹ Ex.: BR-116/101/SP/RJ (Rodovia Presidente Dutra), atualmente gerida pela concessionária CCR Rio/SP.

⁵² Nesse mesmo sentido também caminha a o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“A equação econômico-financeira é um direito constitucionalmente garantido ao contratante particular (CF/1988, art. 37, XXI). Se as características do contrato não fossem asseguradas, permitindo ao poder público poderes ilimitados para alterar cláusula contratual, o particular não teria interesse em negociar com a Administração”

um indicador de desempenho. Essa compreensão dos fundamentos do reequilíbrio econômico-financeiro é essencial para a análise dos descontos de indicadores de desempenho, tema abordado na próxima seção.

Estabelecidos os fundamentos teóricos e práticos da revisão de indicadores e seu impacto no equilíbrio contratual, examinaremos na sequência um dos mecanismos mais utilizados na prática brasileira para vincular remuneração e desempenho: os descontos de indicadores.

4. Descontos de Indicadores de Desempenho

Os indicadores de desempenho são primordiais para garantir a qualidade dos serviços delegados à iniciativa privada mediante concessões e PPPs e garantem que o contrato atinja seus fins mediante a prestação de serviços com adequados níveis de satisfação dos usuários e performance das concessionárias.

Conforme anteriormente analisado, é cada vez mais corriqueiro se vincular a remuneração das concessionárias ao seu desempenho, gerando deflatores dos pagamentos caso o rendimento das concessionárias não tenha atingido as metas contratualmente postas.

Correlato a isso, e bastante aproveitado nos contratos de rodovia, há o chamado Fator D – também conhecido como desconto de indicadores ou desconto de reequilíbrio.

Ribeiro (2010) escreveu que o uso de multas não tem se mostrado um incentivo aos concessionários para cumprimento das metas contratuais, sendo os descontos dos indicadores uma medida que se mostra mais eficiente. Como ressaltado nesse artigo, os descontos nas remunerações efetuadas via contraprestação mensal são comuns e Ribeiro (2010) ainda expõe que a operacionalidade desse tipo de deflator é mais simples.

Para contratos em que o pagamento da concessionária é feito mediante tarifas, o arcabouço brasileiro desenvolveu o desconto de indicadores, para aplicar descontos tarifários em resposta ao não cumprimento dos indicadores de desempenho pelos parceiros privados. Exemplos incluem os contratos de concessão promovidos pela ANTT, onde, durante o reajuste

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). AgRg na SL 76/PR. Relator: Min. Edson Vidigal, 1 jul. 2004. *Dje*: Brasília, DF, 20 set. 2004).

“(...) A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente a Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato. As prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se à proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual. É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza. Os termos iniciais da avença não de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento. (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). REsp 216.018/DF. Relator: Min. Franciulli Netto, 5 de junho de 2001. *Dje*: Brasília, DF, 10 set. 2001).

tarifário anual, um desconto é aplicado caso os indicadores de desempenho não tenham sido cumpridos adequadamente. Esse desconto é proporcional ao custo estimado de cumprimento dos indicadores específicos, incentivando o correto cumprimento do contrato (RIBEIRO, 2010).

A própria cláusula contratual atualmente veiculada pela ANTT informa que o desconto de indicadores (ali denominada 'desconto de reequilíbrio') não é uma penalidade, mas sim um mecanismo contratual de equivalência do pagamento com a qualidade dos serviços prestados⁵³.

Ainda Ribeiro (2024) destaca que, a depender do contrato, a aplicação do Fator D pode representar uma penalidade, em circunstâncias nas quais o desconto decorrente desse deflator for superior ao investimento imposto à concessionária. Diz o autor:

[...] Ele perde validade se o Fator D se caracterizar como uma penalidade, isto é, se a perda de receita tarifária do concessionário decorrente da aplicação do Fator D for maior que o custo do investimento necessário para cumprir os indicadores de desempenho de pavimento e de trafegabilidade da rodovia.

O problema é que, como o Fator D foi criado considerando os dados do EVTE (Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica) elaborado pelo poder concedente ou agência reguladora e, particularmente, a relação entre o custo estimado dos investimentos e a curva de demanda, se, por exemplo, o custo do investimento efetivo, for menor do que o estimado no EVTE, e/ou se a demanda efetiva da rodovia for maior que a demanda projetada no EVTE, então a redução efetiva da receita decorrente da aplicação do Fator D será maior que o valor do investimento que o concessionário deixou de fazer.

Nesse cenário, o Fator D será, na prática, uma penalidade, e não apenas uma compensação pela não realização pelo concessionário dos investimentos exigidos no contrato. Haverá, portanto, uma desproporcionalidade entre o valor do investimento não realizado e o valor da receita frustrada por consequência da aplicação do Fator D, o que tornará o Fator D uma penalidade e não apenas uma compensação pela não realização do investimento. (grifo original)

Portanto, para Ribeiro, caso este instituto seja utilizado sem considerar suas finalidades e, principalmente, sem proporcionalidade em relação ao volume de investimentos, ele pode ser interpretado como uma penalidade. Nesse contexto, as concessionárias deveriam ter garantidas as premissas de ampla defesa e contraditório.

Apesar disso, é importante definir: o instituto do desconto de indicadores não é uma penalidade, mas, sim, uma forma de tornar os pagamentos devidos às concessionárias e aos parceiros privados mais próximos da efetiva prestação de serviços realizada na prática.

⁵³ Nos Anexos 5 dos contratos de concessão da Via Mineira e da Rio-SP, por exemplo, constam a seguinte previsão: "2.1 O Desconto de Reequilíbrio não constitui espécie de penalidade imposta à Concessionária, mas sim mecanismo para desonerar os usuários do Sistema Rodoviário. Pressupõe que, se o serviço público prestado na Concessão estiver em desconformidade com as condições estabelecidas no Contrato e no PER, tal serviço não deve ser remunerado em sua integralidade. Trata-se de mecanismo preestabelecido e pactuado entre as Partes no Contrato, visando à manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro para os casos de não atendimento das metas do PER ou da supressão de investimentos da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias, da Frente de Recuperação e Manutenção e da Frente de Serviços Operacionais, em consonância com os seus respectivos Parâmetros Técnicos." (grifo nosso).

Nos contratos da ANTT, por exemplo, o desconto de reequilíbrio (ou Fator D) é aplicado por ocasião da revisão ordinária, cujo procedimento é estabelecido pela Instrução Normativa nº 18/2023. O processo é instaurado anualmente de ofício e, após a instrução do feito com todas as manifestações técnicas necessárias, é garantido à concessionária o prazo de 15 dias para se manifestar em relação à proposta preliminar de revisão.

Nesta oportunidade, a empresa "*exercerá o direito de defesa e o contraditório em relação às apurações e aos eventos objeto da revisão ordinária*". Esta manifestação deve limitar-se aos cálculos de reajuste e aos itens de revisão ordinária constantes das manifestações técnicas. Transcorrido o prazo da concessionária, com ou sem manifestação, são emitidas notas técnicas complementares com eventuais adequações na proposta final, consolidando-se os resultados para posterior deliberação da Diretoria Colegiada.

Desse modo, o risco indicado por Ribeiro é mitigado, dado que ofertado à concessionária momento para manifestar eventuais discordâncias para com as conclusões do poder concedente.

É fundamental destacar que reequilíbrio econômico-financeiro, descontos de indicadores e penalidades constituem três institutos jurídicos distintos que coexistem nos contratos administrativos e podem ser aplicados conjuntamente, cada qual com suas características e finalidades específicas. Como salientado por Ribeiro (2024), as penalidades são elementos punitivos do contrato, ao passo que os descontos de indicadores são compensatórios e buscam equalizar a remuneração com o efetivo esforço da concessionária.

O descumprimento das obrigações contratuais permite a aplicação de penalidades, cujas balizas e fatos desencadeadores estarão contratualmente postos. Se a qualidade dos serviços, mensuradas mediante indicadores de desempenho, não for atingida, deflatores de performance serão aplicados conforme previsto no contrato. E, por fim, se as premissas contratuais se alterarem ao longo da execução contratual, a parte prejudicada pode pleitear o reequilíbrio da equação financeira do negócio.

5. Conclusão

A análise desenvolvida ao longo deste estudo permite extrair conclusões significativas sobre o estado atual e as perspectivas futuras dos indicadores de desempenho no direito administrativo brasileiro. O estudo dos indicadores de desempenho em contratos de concessão e parcerias público-privadas revela uma evolução consistente do direito administrativo brasileiro em direção à eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos. A análise das bases legais demonstra que a legislação brasileira oferece um arcabouço jurídico para a implementação desses mecanismos, desde a Lei de Concessões de 1995 até a moderna Lei de Licitações de 2021.

Conforme demonstrado, a vinculação da remuneração ao desempenho efetivo, consolidada pela Lei nº 12.766/2012 e expandida pela Lei nº 14.133/2021, representa um avanço significativo na modernização dos contratos administrativos. Essa evolução normativa tem encontrado respaldo na prática contratual, com exemplos concretos em diversos setores demonstrando a viabilidade e eficácia desses instrumentos.

A implementação de indicadores de desempenho demanda atenção especial a princípios fundamentais como razoabilidade, proporcionalidade e exequibilidade. A revisão periódica desses indicadores emerge como mecanismo essencial para manter o equilíbrio contratual diante de mudanças fáticas e normativas, sempre respeitando o princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro.

Além disso, o instituto dos descontos de indicadores, especialmente o Fator D utilizado em concessões rodoviárias, demonstra a complexidade dos mecanismos brasileiros de vinculação entre qualidade e remuneração. Contudo, é fundamental distinguir entre os aspectos compensatórios desses descontos e possíveis caracterizações punitivas, garantindo sempre a proporcionalidade e as garantias processuais adequadas.

Como demonstrado, os desafios de implementação são complexos e exigem constante aperfeiçoamento, e a análise dos casos concretos revela que a estruturação adequada dos indicadores de desempenho requer uma abordagem multidisciplinar, envolvendo aspectos jurídicos, econômicos e técnicos.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 15 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 15 jul. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 15 jul. 2025.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt. Indicadores de desempenho como instrumentos de auditoria e gestão, a partir da experiência do TCU. Revista do TCU. Dez. 2004. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/609/670>

CAVALCANTE FILHO, Elias *et al.* Indicadores de desempenho no contexto de concessões e parcerias público-privadas. **Boletim Informações Fipe**, n. 501, p. 54–62, jun. 2022. Disponível em: <https://downloads.fipe.org.br/publicacoes/bif/bif501.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2025.

FREITAS, R. V.. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 58, p. 315-340, 2017. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/07/equilibrio-financeiro-concessoes.pdf>. Acesso em 23 jul. 2025.

GORDILLO, Agustín. **Contratos administrativos**. Buenos Aires: Astrea, 1982. Reimp.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RADAR PPP. **Guia prático para estruturação de programas e projetos de PPP**. São Paulo: Radar PPP, 2014. Disponível em: <https://www.radarppp.com/wp-content/uploads/201408-guia-pratico-para-estruturacao-de-programas-e-projetos-de-ppp.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2025.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos.** 2010. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/download/concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 21 jul. 2025.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: se o Fator D ou IDG se caracterizar como penalidade, a sua aplicação pode ser anulada.** Agência INFRA, 12 jan. 2024. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/concessoes-e-ppps-se-o-fator-d-ou-idg-se-caracterizar-como-penalidade-a-sua-aplicacao-pode-ser-anulada/>. Acesso em: 21 jul. 2025.