

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>Título do capítulo</b> | CAPÍTULO 11 – SISTEMA DE CONTAS VINCULADAS: UMA ALTERNATIVA PARA PROBLEMAS DE EFETIVIDADE NO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS |
| <b>Autores(as)</b>        | Andre Martins Bogossian   |
| <b>DOI</b>                | <a href="http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-040-0/capitulo11">http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-040-0/capitulo11</a>   |

|                          |   |
|--------------------------|---|
| <b>Título do livro</b>   | CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROVISÃO DE INFRAESTRUTURA             |
| <b>Organizadores(as)</b> | Mauro Santos Silva  |
| <b>Volume</b>            | -   |
| <b>Série</b>             | -   |
| <b>Cidade</b>            | Brasília  |
| <b>Editora</b>           | Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)   |
| <b>Ano</b>               | 2022  |
| <b>Edição</b>            | -   |
| <b>ISBN</b>              | 978-65-5635-040-0   |
| <b>DOI</b>               | <a href="http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-040-0">http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-040-0</a> |

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – ipea 2022

As publicações do Ipea estão disponíveis para *download* gratuito nos formatos PDF (todas) e EPUB (livros e periódicos). Acesse: <http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes>

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério da Economia.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

## SISTEMA DE CONTAS VINCULADAS: UMA ALTERNATIVA PARA PROBLEMAS DE EFETIVIDADE NO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Andre Martins Bogossian<sup>1</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

Nas concessões de serviços públicos, é necessário equilibrar a tensão entre os interesses dos usuários (serviços adequados e tarifas módicas), do ente público titular do serviço (a satisfação dos usuários e, quando for o caso, o retorno financeiro com a outorga do serviço e a reversão de um patrimônio adequado ao fim da concessão) e do concessionário – obtenção do maior retorno possível com o projeto concessional (Alencar, 2019, p. 107; Justen Filho, 2003, p. 62; Marques Neto, 2004, p. 220), considerando-se o seu custo de oportunidade (Galípolo e Henriques, 2019, p. 458; Moreira, 2010, p. 389).

O âmbito em que essa mediação se dá de modo mais fundamental é na formação e na manutenção da sua equação econômico-financeira. A equação econômico-financeira (ou o equilíbrio econômico-financeiro) é o fiel dessa balança de interesses e compreende, por um lado, os encargos (e riscos)<sup>2</sup> assumidos pelo particular contratado quando da licitação e, por outro, a sua remuneração. Assim é expressa a legislação, tanto em relação ao regime dos contratos de obras e prestações de serviços da Lei nº 8.666/1993 (arts. 58, §§ 1º e 2º, e 65), quanto, de modo mais essencial, nos contratos de concessão<sup>3</sup> (por força dos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.987/1995).<sup>4</sup> Mais que isso, “o equilíbrio econômico-financeiro não se dirige

1. Advogado nas áreas de direito administrativo, regulatório e da infraestrutura no Stocche Forbes Advogados. *E-mail*: <abogossian@stoccheforbes.com.br>.

2. Ainda que a doutrina tradicional defina o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos como “a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração do objeto do ajuste” (Mello, 2004, p. 593-594), no âmbito dos contratos de concessão, a doutrina especializada destaca a relevância de se considerar, como parte da equação econômico-financeira do contrato, a alocação de riscos nele prevista (Marques Neto, 2016, p. 190; Justen Filho, 2003, p. 92; Guimarães, 2014, p. 325; Ribeiro, 2011, p. 101-103; Garcia, 2019, p. 143).

3. Nas espécies concessão comum, com fundamento na Lei nº 8.987/1995, ou parceria público-privada (PPP), compreendendo as concessões patrocinadas e administrativas, com fundamento na Lei nº 11.079/2004, que, nesse aspecto, comunga o regime jurídico com as concessões comuns. Serão, neste capítulo, tratadas em conjunto como “concessão”, exceto quando necessária sua diferenciação.

4. Sendo possível também apontar um fundamento para tal direito no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 (Guerra, 2019, p. 547).

ao poder concedente nem à concessionária, mas sim à adequada execução das obras e prestação do serviço. Destina-se à preservação do projeto concessionário” (Sampaio e Guerra, 2019, p. 35).

Em relação à mediação de interesses ocorrida no momento da formação da equação econômico-financeira, isso se dá particularmente no que diz respeito à definição do patamar de retorno a ser obtido por meio da cobrança de tarifas aos usuários, o que pode ser visto mesmo como um “ato de economia política” (Kahn, 1988, p. 42). É imperioso mediar os interesses arrecadatórios do poder concedente em receber a outorga (Marques Neto, 2005, p. 60) com a necessidade de que as tarifas sejam módicas,<sup>5</sup> mas suficientes para amortizar os investimentos realizados para obtenção dos parâmetros de desempenho exigidos e remunerar o capital empregado, considerando-se os custos de oportunidade do projeto concessional à época da sua licitação (Moreira, 2010). Trata-se verdadeiramente da principal ponderação de interesses a ser realizada em uma concessão (Garcia, 2019, p. 88).

Uma vez estabelecida a equação, a sua manutenção vai depender da atividade de mediação de interesses toda vez que houver um desequilíbrio. Isso ocorrerá sempre que um fato causar impacto econômico ou financeiro à parte que não é por ele contratualmente responsável, isto é, a quem o risco não tiver sido contratualmente alocado (Ribeiro, 2011). Concessões desequilibradas tendem a perder sua capacidade de realização de investimentos e de cumprimento dos parâmetros de desempenho, o que prejudica o interesse de todas as partes envolvidas na delegação (Marques Neto e Loureiro, 2019, p. 146). Isto é, para que ocorra a geração de receitas necessárias<sup>6</sup> à realização dos investimentos, à operação dos serviços e à remuneração do capital aportado, é condição necessária que o contrato – incompleto e mutável que é (Williamson, 1985, p. 70) – seja também resiliente, quer dizer, capaz de superar impactos ao seu equilíbrio econômico-financeiro, a fim de que não se torne irreequilibrável (Bogossian, 2018).

Nas concessões, resiliência pode ser pensada como a capacidade que um contrato tem de suportar deformações de sua equação econômico-financeira e

---

5. Como determinado pela Lei nº 8.987/1995, em seu art. 6º, §1, ao definir serviço adequado como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

6. Nas palavras de Marçal Justen Filho: “Frustrar a cobrança da tarifa corresponde a, para usar linguagem vulgar, ‘dar um tiro no próprio pé’. A administração não é ‘dona’ da coisa pública para frustrar a continuidade do serviço e inviabilizar a satisfação das necessidades da comunidade no futuro. Verifica-se, portanto, que impedir a cobrança de tarifas justas e adequadas não afeta apenas e estritamente o interesse do concessionário. De um modo direto, afeta-se o interesse econômico do empresário. Mas, em termos indiretos, infringe-se o interesse público. Coloca-se em risco a dignidade das pessoas que, no futuro, não terão a possibilidade de fruir serviços públicos adequados e satisfatórios.

A inviabilização de uma concessão em específico ou de todo um sistema em conjunto (pelo descrédito generalizado acerca de sua viabilidade) é conduta incompatível com os deveres fundamentais da administração pública, consagrados entre nós pela [Constituição Federal de 1988] CF/1988” (Justen Filho, 2003, p. 69).

retornar ao estado de equilíbrio;<sup>7</sup> ou seja, o quão efetivo é o sistema de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Dois fatores são determinantes para o sucesso ou fracasso de um sistema de reequilíbrio, e, portanto, relevantes para a resiliência contratual, conforme resumido a seguir.

- 1) A capacidade de definição do montante de desequilíbrio, o que envolve a identificação do evento de desequilíbrio e da parte a quem foi alocado o risco, bem como o cálculo em si do eventual desequilíbrio.
- 2) A capacidade de pagamento tempestivo e completo dos desequilíbrios reconhecidos (Bogossian, 2020).

O primeiro conjunto de elementos diz respeito à constatação de que as agências reguladoras responsáveis por tais contratos, apesar de formalmente independentes, podem não estar em posição equidistante entre os interesses envolvidos, e que isso pode prejudicar sua atuação na definição do montante de desequilíbrio contratual. A inobservância do segundo conjunto de elementos, objeto deste capítulo, interfere negativamente na capacidade de pagamento dos reequilíbrios. Ele diz respeito à percepção de que as formas e os processos tradicionalmente utilizados para o pagamento desses desequilíbrios (o acréscimo tarifário, a extensão do prazo contratual, o pagamento em espécie pelo poder público ou a redução da outorga, a redução ou postergação de investimentos, e a redução dos níveis do serviço) podem não ser suficientes ou convenientes para todos os casos. Em outras palavras, de que há casos de contratos que ou não serão integralmente reequilibrados (tanto do ponto de vista econômico quanto financeiro) ou cujo reequilíbrio acarretará prejuízo ao próprio serviço, e, conseqüentemente, ao interesse dos usuários.

A hipótese deste capítulo é que mecanismos que salvaguardem recursos da própria concessão, para viabilização do pagamento de desequilíbrios havidos ao longo da vigência contratual – instrumentos que passaram mais recentemente a ser empregados, a exemplo da identificação de recursos vinculados, da constituição de contas reserva etc. – podem ser a solução para os problemas de efetividade do sistema tradicional de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões e PPPs. Por se tratar de instituto de utilização relativamente recente no histórico dos contratos de infraestrutura no país, não é ainda possível fazer uma análise empírica da efetiva aplicação dos mecanismos na prática das respectivas concessões, mas a hipótese poderá ser verificada considerando-se os argumentos dedutivos apresentados, que

---

7. Na literatura internacional especializada, o termo “resiliência” já é usado para tratar da capacidade de um projeto de infraestrutura de suportar ou reduzir a magnitude ou duração de eventos disruptivos, focando mais o aspecto físico das infraestruturas. Apesar de a literatura internacional focar a capacidade de as construções suportarem hipóteses de caso fortuito ou força maior (*force majeure*) – por exemplo, terremotos e furacões –, é plenamente viável aplicar o conceito entre nós de um modo mais geral e para qualquer evento disruptivo da equação econômico-financeira segundo a matriz de riscos de cada contrato. Confira-se o *report* de 2018 do Banco Mundial *Resilient infrastructure public-private partnerships (PPPs): contracts and procurement – the case of Japan*. Disponível em: <<https://bit.ly/3F07aMd>>.

militam a favor da utilização do sistema de contas vinculadas como dispositivo prioritário de reequilíbrio em novos contratos, sempre que o poder público, na modelagem da concessão, não optar por alternativas igualmente líquidas a serem utilizadas para o reequilíbrio (a exemplo da compensação com valores devidos ao poder público pela outorga da concessão ou a outros títulos diversos).

## 2 O QUE SIGNIFICA FALAR NA GARANTIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO?

O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é amplamente reconhecido às partes contratantes, tanto pela legislação quanto pela doutrina. Ainda que se possa traçar um fundamento constitucional<sup>8</sup> para o direito ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, como contratos administrativos que são,<sup>9</sup> o modelo normativo tem como base principal a própria Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), a qual determina, em seu art. 10, que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Desse dever de respeitar as condições econômico-financeiras originalmente pactuadas, incluindo-se a alocação dos riscos entre as partes, durante todo o período de vigência do contrato, decorrem duas consequências lógicas relativas ao dever fundamental de neutralizar toda e qualquer circunstância que venha a desequilibrar as “condições do contrato”. Nesse sentido, são dois os corolários do modelo teórico-normativo do equilíbrio econômico-financeiro que orientam a sua aplicação, conforme descrito a seguir.

- 1) A recomposição do equilíbrio deve ser a mais célere possível, considerando os procedimentos contratuais previstos, a fim de que o equilíbrio seja mantido “a todo tempo”. Isto é, não pode o concessionário ser obrigado a permanecer com o contrato desequilibrado, obviamente descontando-se a razoável duração dos procedimentos administrativos previstos contratualmente. Mais que um reequilíbrio célere ou tempestivo, esse primeiro corolário lida com a própria viabilidade de um reequilíbrio que independa de um longo litígio administrativo, judicial ou arbitral, visto que “de nada

8. “Art. 37, 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”.

9. E, portanto, também no regime geral da Lei Federal nº 8.666/1993: “Art. 58. 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; (...) § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. (...) Art. 65. (...) § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

servirá recompor o equilíbrio ao final do contrato, pois até lá poderá já estar inviabilizado todo o projeto” (Marques Neto, 2002, p. 109), como também visto anteriormente (Moreira, 2010, p. 219);

- 2) Além de ser tempestivo, o reequilíbrio deve ser uma compensação, tanto sob a perspectiva econômica quanto financeira (Marolla, 2011, p. 45; Martelanc, 2005; Moreira, 2010, p. 407; Ribeiro, 2015<sup>10</sup>).

Apesar de a teoria do equilíbrio econômico-financeiro afirmar que “o titular do serviço tem de garantir recursos de que o concessionário precisa para manter sua adequada prestação quando a consequência desfavorável advém de ato ou fato (risco) não atribuível ao concessionário” (Harb, 2012, p. 148), não se diz muito a respeito de como esse direito, essa garantia é efetivada na prática (Andrade, 2015; Barbosa, 2017, p. 93; Justen Filho, 2004, p. 28; Sundfeld, 2013, p. 57).

É bem verdade que as leis federais de concessão (Lei nº 8.987/1995, em seu art. 23, IV)<sup>11</sup> e PPP (Lei nº 11.079/2005, art. 5º, *caput*)<sup>12</sup> incluem, entre as cláusulas obrigatórias de tais contratos, previsões sobre os critérios e procedimentos que devem ser utilizados para “revisão das tarifas”, parecendo ignorar todos os demais modos pelos quais é possível levar os contratos à condição de equilíbrio econômico e financeiro existente antes da ocorrência do evento que ocasionou o desequilíbrio.

Isso não significa a prescrição apenas do meio de revisão tarifária; muito pelo contrário, o ordenamento jurídico não impõe alternativa determinada como a solução obrigatória a ser sempre seguida (Harb, 2012, p. 138; Justen Filho, 2003, p. 402-405; Marques Neto, 2015, p. 195; Sundfeld, 2013, p. 57). A disciplina será realizada em âmbito do próprio contrato, mas, enquanto muitos contratos apresentam lista exemplificativa dos meios de reequilíbrio, alguns são simplesmente omissos. Desse modo, entende-se que podem ser empregadas quaisquer formas admitidas em direito (Guimarães, 2019, p. 110; Marques Neto e Loureiro, 2019, p. 149; Moreira, 2010, p. 407), e algumas são frequentemente utilizadas para além da revisão tarifária, como a extensão de prazo, a redução ou reprogramação de investimentos, o pagamento direto pelo poder concedente ou o abatimento de eventual pagamento de outorga, ou até mesmo a redução do nível de serviço (Sundfeld, 2013, p. 69).

Há, portanto, a presunção, por parte do ordenamento jurídico, bem como da academia e dos aplicadores do direito, incluindo reguladores e controladores (ou pelo menos havia uma presunção, antes da pandemia da covid-19), de que os

10. Disponível em: <<https://bit.ly/32Vf8ZV>>.

11. “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) IV – ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas”.

12. “Art. 5º. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever” os critérios e procedimentos para a revisão de tarifas mencionados na lei.

contratos de concessão são, em qualquer hipótese, reequilibráveis, utilizando-se os meios usuais, sendo até uma opção discricionária do administrador a escolha do meio empregado (Justen Filho, 2003, p. 402).

Trata-se de uma presunção passível de contestação, sendo possível cogitar de situações cujo pagamento pelo desequilíbrio, utilizando-se os métodos disponíveis, torna-se insuficiente econômica ou financeiramente, sob pena de tornar-se o reequilíbrio incompleto: reequilíbrios incompletos são aqueles nos em que não se restabelece o equilíbrio sob a perspectiva econômica (o respeito ao retorno esperado do projeto), financeira (relativa ao capital disponível para a liquidez do concessionário), ou até mesmo aquelas tentativas de compensação que não são capazes de reequilibrar o contrato sob sequer uma das perspectivas. Como ambos – os equilíbrios econômico e financeiro – são direitos assegurados aos contratados, cabe destacar os casos em que não há opções efetivas de reequilíbrio completo ou parcial (Ribeiro, 2015).<sup>13</sup>

Há, por outro lado, situações em que o pagamento se torna inviável – por razões de ordem jurídica, prático-política ou econômico-financeira (Alencar, 2019, p. 250; Bogossian, 2018) –, mesmo quando o desequilíbrio e a necessidade de sua recomposição já tenham sido reconhecidos – seja em âmbito administrativo ou ainda quando o concessionário tenha se socorrido do Poder Judiciário ou de arbitragem para ver afirmado o seu direito ao reequilíbrio.

### 3 DESAFIOS NO PAGAMENTO DE REEQUILÍBRIOS ECONÔMICO-FINANCEIROS

Passemos a uma breve recapitulação dos meios de pagamento usuais do reequilíbrio e dos principais motivos pelos quais eles podem vir a não ser suficientes para viabilizar um reequilíbrio completo, já realizada em outras oportunidades (Bogossian, 2020; 2018).

A alternativa em tese mais líquida e efetiva para reequilíbrio seria indenizar a concessionária, ou realizar dação em pagamento de outros bens públicos, diversos de moeda (Justen Filho, 2003, p. 407; Marques Neto, 2015, p. 195). Contudo, na realidade dos contratos de concessão, o poder concedente raramente reembolsa a concessionária à vista, seja porque o processo orçamentário torna essa opção difícil<sup>14</sup> ou porque há o risco de um ônus reputacional muito grande para os agentes políticos

13. Disponível em: <<https://bit.ly/32Vf8ZV>>.

14. Ver a postura do Tribunal de Contas da União (TCU) no *Relatório de Acompanhamento TC 014.689/2014-6*, em relação ao contrato de concessão da Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio de Janeiro S.A. (Concer). O poder concedente (Ministério dos Transportes) optou por pagar o reequilíbrio referente às obras da Nova Subida da Serra de Petrópolis utilizando-se de verbas orçamentárias, mas o TCU entendeu (muito incorretamente) que tal pagamento em dinheiro equivaleria à contratação de uma obra pública para fins orçamentários e, com tal fundamento, pretendeu punir pessoalmente todos os agentes públicos envolvidos, mesmo sem qualquer suspeita de corrupção, desde o então ministro dos Transportes até a diretora da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) relatora do processo administrativo que operacionalizou o reequilíbrio no caso.

(Ribeiro, 2019, p. 541). Da mesma forma, haveria a possibilidade de aumento do valor da contraprestação ou do aporte público, no caso de PPPs. Apesar de serem em tese opções possíveis, na prática, a sua viabilidade é reduzida em diversos setores, pelos mesmos motivos citados para o pagamento à vista do valor indenizatório.

Ainda se tratando das opções pecuniárias, há a redução do valor da outorga para as concessões que a adotam (Alencar, 2019, p. 255), ou a compensação de verbas outras devidas ao poder público. Caso haja um fluxo constante de pagamentos a serem compensados, essa pode ser uma alternativa interessante ao poder público, como no setor aeroportuário, em que a forma de reequilíbrio preferencialmente utilizada é a redução do pagamento das outorgas que são destinadas ao Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC). Entretanto, não é incomum que os fluxos de pagamento ao poder público, especialmente quando se trata de uma outorga fixa parcelada, se encerrem nos primeiros anos de contrato, e que desequilíbrios ocorram em fases avançadas da concessão, quando já não há mais valores a serem compensados.

Em seguida, tem-se a compensação mais comum, e a única prevista expressamente na legislação: a revisão dos valores tarifários. Todavia, em inúmeros casos, aumentar o valor da tarifa simplesmente não é uma opção viável, considerando-se os seus efeitos na demanda (Câmara, 2009, p. 173). A revisão pode gerar protestos, revolta e vandalismo (pressionando o poder concedente a reverter o acréscimo tarifário). Ainda, a depender do serviço prestado, os usuários procuram opções alternativas mais baratas.<sup>15</sup> Isso quando um agente externo de controle (como o Ministério Público ou um tribunal de contas) atua para inviabilizar o acréscimo tarifário, sob o argumento de que isso representaria uma violação ao princípio da modicidade tarifária e da proteção do interesse dos usuários,<sup>16</sup> que, na visão desses órgãos, seria a consubstanciação de um interesse público geral, abstrato e que deveria sempre prevalecer sobre qualquer outro (Marques Neto, 2017, p. 113).

Seja como for, o concessionário não obterá o efetivo reequilíbrio do contrato e a elevação poderá acarretar efeitos insuportáveis, inclusive com o potencial insucesso da concessão. O fato é que, ultrapassado certo limite tarifário (de complexa delimitação em cada caso), a decorrência será a redução do consumo das utilidades públicas por parte dos usuários, tendo como principal efeito prático da elevação das tarifas um forte e inevitável desincentivo à fruição do serviço público, o que equivalerá à sua supressão, em clara violação aos princípios fundamentais norteadores da atuação estatal (Justen Filho, 2003, p. 405).

---

15. Ver, por exemplo, a postura adotada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro nas últimas revisões tarifárias dos modais ferroviário e metroviário.

16. Como a atuação do Ministério Público do Estado do Mato Grosso (MPMT) na Ação Civil Pública (ACP) nº 18254-90.2015.811.0042.

A última das opções pecuniárias seria o subsídio estatal, desde que prevista essa possibilidade no edital, meio pelo qual o Estado assumiria, com recursos próprios, parte do custeio das tarifas. Além de altamente improvável, por conta dos motivos anteriormente expostos, trata-se, nas palavras de Marçal Justen Filho (2016, p. 24; 2003, p. 407), de “solução altamente indesejável, que frustra as finalidades da concessão”. Além disso, indica o citado autor que as teorias econômicas apontam tais subsídios como “causa fundamental de males muito graves, gerando mais problemas do que benefícios sociais”.

Outra solução comumente adotada seria a extensão de prazo (Freitas e Ribeiro, 2019, p. 385; Justen Filho, 2003, p. 405-407; Marolla, 2011, p. 115). O problema nesse caso é que, por vezes, há uma limitação legal – como nas PPPs – ou contratual ao prazo máximo do contrato, aí se incluindo suas extensões (Guimarães, 2019). Por mais que seja possível argumentar que tais limites deveriam ser aplicados somente às prorrogações discricionárias e não às extensões de prazo como forma de reequilíbrio, não é raro que burocracias estatais e os órgãos de controle confundam essas duas figuras jurídicas e, dessa forma, limitem indevidamente as possibilidades de extensão de prazo do contrato.

Além disso, trata-se frequentemente de um reequilíbrio incompleto (Ribeiro, 2015).<sup>17</sup> Isto é, mesmo quando seja possível realizar a extensão de prazo, ainda que o contrato seja reequilibrado na perspectiva econômica, com a manutenção da taxa interna de retorno do projeto, a extensão de prazo deixa o contrato desequilibrado financeiramente no curto prazo (Barbosa, 2017). Esse desencaixe provocado pelo desequilíbrio financeiro pode ser fatal ao contrato de concessão, como visto anteriormente (Moreira e Guzella, 2019).

A seguir, haveria a opção de realizar a alteração do escopo do contrato de concessão, para retirar ou reprogramar obrigações originalmente atribuídas à concessionária (Justen Filho, 2003, p. 405). Trata-se de medida que, em tese, poderia promover um reequilíbrio completo, econômico e financeiro, a depender do volume de investimentos que seriam retirados ou postergados. Contudo, em diversos contratos – seja por concentrarem a fase de investimentos nos primeiros anos, seja simplesmente por tratar-se de contratos mais antigos –, já não há mais obrigações substantivas a serem retiradas ou reprogramadas, pois a concessionária já as realizou, restando somente investimentos marginais e os custos operacionais. Ainda, a reprogramação de investimentos pode ter impactos no fluxo de receitas do concessionário,<sup>18</sup> o que tem efeitos diretos na financiabilidade do projeto (Marques Neto e Loureiro, 2019, p. 151).

17. Disponível em: <<https://bit.ly/32Vf8ZV>>.

18. Por exemplo, quando o início de cobrança de pedágio em concessão rodoviária depende contratualmente da realização de obras de duplicação de trechos da rodovia (como ocorreu com os contratos da 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais); ou a implantação de novas estações (que também permitiria ao concessionário novas receitas) em uma concessão de mobilidade urbana.

Similarmente, haveria a possibilidade de redução dos níveis de serviço, que também pode mitigar ou postergar dispêndios da concessionária (Justen Filho, 2003, p. 405). Contudo, trata-se de medida que possui um custo reputacional relevante para os agentes públicos que a determinarem, considerando-se que a redução dos níveis de serviço a ser imediatamente realizada pela concessionária muitas vezes é perceptível aos usuários e, ao fim e ao cabo, conflita com o interesse público em dispor de serviços de qualidade.

Outras formas de reequilíbrio mais raras na prática, porque requerem em regra autorização legislativa – como a compensação do desequilíbrio com créditos tributários, ou mesmo a concessão de isenções fiscais pelo próprio poder concedente –, esbarram também na situação de crise fiscal e nos limites impostos aos estados que adotem o regime de recuperação fiscal da Lei Complementar (LC) nº 159/2017.

Ou seja, o reconhecimento ou a constituição do direito ao reequilíbrio não bastam, visto que, apesar de incorporado ao patrimônio jurídico do concessionário o crédito contra o poder concedente, a sua exequibilidade pode ser limitada, quando não inviabilizada. Que fique claro, portanto, que os contratos irrequilibráveis não se confundem com contratos que meramente se inviabilizaram por motivos outros, como a própria materialização de riscos afetos ao particular. Aqui, ainda que o direito ao reequilíbrio em si seja reconhecido ao concessionário (em sede administrativa, judicial, arbitral ou qualquer que seja o foro do reequilíbrio), seu direito não tem como ser efetivado pela incidência de fatores de três ordens possíveis, *constraints* econômicos, jurídicos ou político-institucionais que impedem o atingimento das condições necessárias e suficientes para a garantia do sistema de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de concessões. O mundo real da gestão contratual difere das presunções legislativas e das premissas da literatura administrativista.

#### 4 O SISTEMA DE CONTAS VINCULADAS COMO SOLUÇÃO PARA O AUMENTO DA RESILIÊNCIA CONTRATUAL

Algumas soluções podem ser cogitadas para lidar com os problemas apontados nas seções anteriores. Por exemplo, a instituição de compensações emergenciais – como as adotadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) para lidar com os desequilíbrios relacionados à pandemia<sup>19</sup> –, ou mesmo, seja em tempos pandêmicos ou de normalidade econômica e institucional, a instituição de reequilíbrios provisórios.<sup>20</sup>

Essas soluções estão mais voltadas a impedir que o acúmulo do desequilíbrio a ser compensado, considerando-se a aplicação das taxas de desconto para correção

19. Disponível em: <<https://bit.ly/3t1woYk>>. Acesso em: 20 set. 2021.

20. Disponível em: <<https://bit.ly/3q5ZaoV>>. Acesso em: 20 set. 2021.

do montante compensatório,<sup>21</sup> torne o desequilíbrio “impagável”, e não são o foco principal do presente estudo. Interessa-nos mais analisar soluções para o problema da disponibilidade de recursos para o pagamento do reequilíbrio, ou seja, da fonte de recursos da compensação.

Como dito anteriormente, a previsão de compensação com eventuais fluxos de outorga ou outras formas de pagamento é uma opção possível e utilizada em alguns setores. Uma alternativa cada vez mais utilizada é, em vez do emprego de receitas que seriam destinadas ao poder público, a reserva de parcela das receitas do próprio objeto explorado para composição de fundo destinado especificamente a facilitar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Por exemplo, no caso de receitas acessórias, não se trata de vocação de todo estranha, dado que, nos termos do art. 11, *caput* da Lei nº 8.987/1995, elas são instituídas “com vistas a favorecer a modicidade das tarifas” (Guimarães, 2014, p. 235). Ora, uma das formas de preservar a modicidade tarifária é evitando-se que o impacto de eventual desequilíbrio econômico-financeiro recaia sobre o valor tarifário. Mas essa não é a única opção. A seguir, serão analisadas estruturas de conta reserva que utilizam primordialmente fontes diferentes de recursos: na primeira e na segunda, adotadas no setor rodoviário pela Agência de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp) e pela ANTT são empregados recursos da outorga, com peculiaridades em cada caso; na terceira, presente nos contratos de saneamento básico no Rio de Janeiro recentemente delegados, a conta reserva é abastecida com recursos advindos da concessionária pelo não atingimento dos parâmetros de desempenho contratualizados. Procuraremos, ao comentar esses modelos, apresentar, de forma ainda preliminar e exploratória, algumas considerações e diretrizes para a adequada estruturação desse mecanismo.

#### 4.1 Concessões rodoviárias

A Artesp previu uma conta reserva nos contratos dos lotes denominados Rodoanel Norte (que havia tido a empresa EcoRodovias como vencedora da licitação em janeiro de 2018, mas cujo contrato foi inviabilizado em decorrência da não conclusão de obras de responsabilidade do Governo de São Paulo)<sup>22</sup> e Piracicaba-Panorama (PiPa), da concessionária EixoSP.

Os mecanismos de conta reserva utilizados nos dois contratos possuem algumas diferenças entre si, mas adotam em geral a mesma lógica de utilização de recursos da outorga para composição da conta. O sistema de contas de reserva

21. Disponível em: <<https://bit.ly/3HD8FS9>>. Acesso em: 20 set. 2021.

22. Disponível em: <<https://bit.ly/3qSPux6>>. Acesso em: 2 ago. 2021.

serve, em ambos os contratos, para pagamento de reequilíbrios em geral e para proteção cambial<sup>23</sup> das concessionárias.

No contrato do Rodoanel Norte, há a previsão de somente uma conta reserva, abastecida pela integralidade dos valores das outorgas fixa (cláusula 34.4) e variável (cláusula 34.5). Esses valores, contudo, seriam depois reduzidos conforme a cláusula 34.6, para serem descontados 28% da outorga fixa e, em relação à outorga variável, manterem-se apenas as parcelas relativas aos últimos doze meses. Essa limitação dos valores de outorga fixa e variável a serem mantidos na conta reserva é uma boa expressão da mediação de interesses tratada neste texto: ainda que desejável que a conta reserva fosse a mais robusta possível, é preciso considerar que são também relevantes os interesses do Estado em obter receitas com a delegação da prestação do serviço e os interesses dos usuários em ter tarifas módicas (considerando-se que os valores destinados à conta reserva poderiam ser revertidos a descontos tarifários).

Há ainda, no contrato do Rodoanel, um interessante mecanismo de pagamento automático de reequilíbrio econômico-financeiro com a utilização da conta reserva. Há uma lista de eventos de desequilíbrio detalhados na cláusula 21.8,<sup>24</sup> cuja ocorrência permite a sua recomposição automática, conforme a cláusula 22.6 (ii), sendo o desequilíbrio em si calculado a partir de fórmulas já estabelecidas contratualmente (cláusula 28.1.2). Basta, portanto, a notificação da concessionária à agência sobre a ocorrência do evento e quanto ao montante a ser reequilibrado para que seja possível utilizar a conta reserva como forma de pagamento, ainda que a agência vá posteriormente verificar a materialização do evento e cancelar a conta realizada.

O contrato de Pipa, por seu turno, prevê a estruturação de um complexo sistema de duas contas, conforme especificado no apêndice G daquele contrato. A conta 1 recebe a totalidade dos valores da outorga fixa e 4% da receita tarifária bruta mensal a título de outorga variável, e a conta 2 recebe 3% da receita tarifária bruta mensal a título de outorga variável. Elas possuem utilizações em hipóteses distintas, relativas a diferentes tipos de eventos que ensejam a compensação à concessionária. Por exemplo, a conta 1 é utilizada para pagamento de compensações pelo desconto dado a usuários frequentes, enquanto a conta 2 será utilizada no caso de acionamento dos mecanismos de proteção cambial. Ainda, a conta reserva 2 será utilizada como

23. Anexo XIII do contrato do Rodoanel e anexo 22 do lote Pipa.

24. São eles: i) o atraso na assinatura do Termo de Transferência do Sistema Remanescente, por fato não imputável à concessionária; ii) o atraso, por fato não imputável à concessionária, na entrega da obra relativa à via de acesso ao aeroporto internacional de Guarulhos (SPA 141/021); iii) o atraso, por fato não imputável à concessionária, na entrega da complementação das obras de entroncamento entre a SP-021 (Rodoanel Norte e Leste) e a BR-116 (rodovia Presidente Dutra); iv) o atraso na implementação da restrição, nos limites dos riscos assumidos pelo poder concedente; v) a alteração ou revogação nas condições da restrição, nos limites dos riscos assumidos pelo poder concedente; e vi) desequilíbrios aferidos e constantes do relatório consolidado de vistoria inicial previsto no anexo XVIII aprovado pela Artesp ou, nos casos controversos, determinados por solução amigável ou sentença arbitral.

opção preferencial de reequilíbrio (para os desequilíbrios reconhecidos segundo os procedimentos usuais previstos em contrato) até o terceiro ciclo quadrienal de revisões ordinárias, conforme a cláusula 23.4. Contudo, chama-se atenção para o fato de que o uso das contas reserva não consta expressamente como opção entre as formas de reequilíbrio previstas na cláusula 23.1.

A ANTT, no leilão da BR-153/414/080/TO/GO, adotou um mecanismo de contas com a finalidade de garantir a sustentabilidade econômico-financeira da concessão, também mantido a partir de recursos financeiros oriundos da própria concessão (cláusula 12.1). Nesse contrato, o mecanismo de contas abastece a chamada conta de ajuste com três vezes o valor da outorga, somados a 7% da receita bruta dos dez primeiros anos da concessão (cláusula 11.3). Trata-se, portanto, de mecanismo bastante robusto, a princípio.

Contudo, no caso, os recursos vinculados não seriam apenas utilizados para compensações devidas a título de reequilíbrio econômico-financeiro, mas teriam outras utilizações também bastante úteis para a mitigação de riscos do concessionário, como a proteção em relação ao risco cambial. Diante da multiplicidade de fins, é de se questionar a prerrogativa do poder público de decidir pela utilização do mecanismo nas hipóteses cabíveis, inclusive restando à ANTT o poder de decidir utilizar ou não a transferência de valores da conta de ajuste para a concessionária, para fins de compensação devida a título de reequilíbrio econômico-financeiro, conforme as cláusulas 1.1.1 (lxiii) e 22.3.1 (v) do contrato de concessão, e 5.2 do seu anexo 10.

Por outro lado, andou bem a ANTT, ao prever (cláusula 121.12) que o encerramento das contas da concessão, bem como a reversão dos valores residuais da conta de retenção e da conta de ajuste ao poder concedente, ficarão condicionados à quitação, pelo poder concedente, de indenização de qualquer natureza devida à concessionária, evitando-se possíveis incentivos perversos, como será visto na subseção a seguir.

#### **4.2 Concessão de saneamento do Rio de Janeiro**

Alternativa interessante pode ser vista nas minutas de contratos para concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos municípios do estado do Rio de Janeiro. A solução prevista já apresenta alguns avanços em relação às soluções do setor rodoviário e é bastante promissora, mas poderia ainda ter sido melhor. O modelo proposto apresenta uma conta reserva, a ser alimentada ao longo da concessão pelo concessionário, em decorrência de descumprimentos contratuais. Tais recursos poderão ser utilizados para o abatimento do valor da tarifa ao longo do prazo de vigência do contrato de concessão, como medida a garantir a mo-

dicidade tarifária, ou para o pagamento de passivos do Estado ou municípios devidos ao concessionário, destinando-se, mas não se limitando, ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.<sup>25</sup>

Segundo a cláusula 3.2 do anexo XI do contrato de concessão, o concessionário repassará mensalmente os valores correspondentes à diferença entre a receita tarifária arrecadada e a receita decorrente das tarifas efetivas, que são, na definição contratual, os valores efetivos devidos ao concessionário, considerando-se “deduções” decorrentes do não cumprimento dos indicadores de desempenho. Nesse caso, o impacto do não atendimento aos parâmetros de desempenho será revertido integralmente à conta reserva. A “tarifa efetiva” será calculada apenas para fins da mensuração dos valores a serem deduzidos do faturamento do concessionário e enviados à conta reserva, não importando em desconto na tarifa efetivamente cobrada aos usuários. Ainda, a conta poderá ser abastecida, a critério do poder concedente, por recursos provenientes da aplicação de multas,<sup>26</sup> possibilidade louvável que, além de reforçar o mecanismo, apresenta desincentivo a uma aplicação meramente arrecadatória de multas. Por fim, caso a concessionária opte por explorar receitas adicionais, nos termos das cláusulas 27.15.1 e 27.15.2 do contrato de concessão, deverá depositar os valores relativos ao compartilhamento da receita bruta, atendendo à finalidade das receitas adicionais, conforme o art. 11 da Lei de Concessões.<sup>27</sup>

O primeiro ponto passível de melhoria seria a conveniência de que a conta reserva tivesse como objeto apenas e tão somente o pagamento de reequilíbrios econômico-financeiros, excluindo-se a hipótese, hoje prevista, de que seus recursos sejam utilizados também para o “abatimento” do valor da tarifa ao longo do prazo de vigência do contrato<sup>28</sup> ou ao seu término, em substituição ao seu emprego no pagamento de eventual indenização.<sup>29</sup>

Primeiramente, a possibilidade de abatimento unilateral da tarifa pode servir de incentivo para condutas oportunistas de populismo tarifário no futuro. Ainda, pode interferir na financiabilidade do projeto, considerando-se que as receitas tarifárias podem ser dadas em garantia de mútuos contraídos pela concessionária (cláusula 20.2.2 do contrato de concessão).

Ademais, distorce a alocação contratual de riscos, especialmente o risco de obtenção de receita a partir da demanda pelo licitante-concessionário estimada,

25. Cláusula 3.4. do anexo XI do contrato.

26. Cláusula 3.5 do anexo XI do contrato.

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

28. Cláusula 3.4 (a) do anexo XI do contrato.

29. Cláusula 12.4 do anexo XI da minuta de contrato.

considerando-se que, para compensar o abatimento tarifário, o concedente traz a valor presente a diferença entre a projeção de receitas futuras com o valor da tarifa original e a projeção de receitas futuras com o valor da tarifa reduzida, mas sempre a partir de uma projeção de demanda outra que não a da concessionária (levando-se em consideração que não há plano de negócios contratualizado). Ou seja, trazendo-se a valor presente a diferença entre esses fluxos de receita, no momento da utilização da conta vinculada, a partir das estimativas do próprio concedente, o concessionário é impedido de correr o risco de demanda que lhe foi imputado pelo contrato. Reduz-se a exposição do concessionário ao risco de demanda, e, em um certo sentido, o risco é (ainda que parcialmente) transferido de volta para o poder concedente, ainda que não tenha ocorrido nenhuma alteração formal da alocação contratual de riscos.

Não menos importante, espanta a simples previsão da possibilidade de que o poder público venha a alterar unilateralmente a tarifa, em violação à vedação de alterações de cláusulas econômicas de contratos administrativos plasmada no art. 58, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. É de se questionar, nesse sentido, a compreensão, esposada pela administração pública em resposta à contribuição realizada no âmbito da consulta pública versando sobre a minuta de edital e contrato desse projeto, de que “nas concessões, nem todas as cláusulas que versam sobre aspectos econômico-financeiros do contrato são inalteráveis unilateralmente, como se passa, por exemplo, com controle administrativo tarifário”.<sup>30</sup>

Afinal, o objetivo de se prever a conta vinculada seria tornar o contrato o mais robusto possível para fazer frente aos desequilíbrios contratuais e, assim, aumentar a sua resiliência. A sua utilização para compensação ao concessionário por reduções tarifárias unilateralmente impostas pelo concedente desnatura esse mecanismo.

Outra questão a ser considerada é a previsão<sup>31</sup> de que o valor do saldo remanescente da conta reserva, quando da extinção do contrato, seja “obrigatoriamente” destinado à redução da tarifa, não estando claro se, ao mencionar “quando da extinção da concessão”, o anexo XI se refere a momento anterior ou posterior a eventual pagamento de indenização ao concessionário. Caso se trate de saldo após pagas eventuais indenizações devidas, considera-se acertado o arranjo. Caso contrário, se o Estado puder optar por reduzir futuramente a tarifa, ao invés de pagar eventual indenização, esse arranjo criaria incentivos perversos no Estado para, objetivando receber um montante mais vultoso quando da extinção contratual, evitar utilizar os valores da conta reserva para sua finalidade precípua (compensações ao concessionário, como exposto anteriormente).

---

30. Resposta 676.

31. Cláusula 12.4 do anexo XI da minuta de contrato.

Esse incentivo pode ser desfeito de duas outras formas. A primeira é permitir ao concessionário escolher quando utilizar os valores da conta reserva, ou, ao menos, ficar estabelecido que o Estado não possa fazê-lo unilateralmente. Na minuta proposta, é vedado à concessionária utilizar os valores mantidos na conta, sendo o Estado esta prerrogativa.<sup>32</sup> A alteração sugerida está em linha com a proteção assegurada pela legislação aos particulares de que a administração contratante não poderá alterar unilateralmente “cláusulas econômico-financeiras e monetárias” de contratos administrativos,<sup>33</sup> entre as quais claramente se enquadra a possibilidade de alteração do valor da tarifa, conforme exposto anteriormente.<sup>34</sup>

Somente seria em tese aceitável a manutenção dessa faculdade exclusiva do Estado de utilizar os valores da conta reserva para fins de redução tarifária, seja durante a execução do contrato seja ao seu término, compreendendo-se tal redução de tarifa como uma compensação aos usuários e ao Estado (um reequilíbrio), em virtude de um pagamento *sui generis* do Estado ao concessionário, fazendo uso dos valores da conta reserva. Esse pagamento espontâneo ao concessionário obviamente precisaria ser robustamente fundamentado pela administração pública, visto que a troca de remuneração futura teria como consequência, como exposto anteriormente, um ganho de liquidez do concessionário e a alteração da sua exposição ao risco de demanda.

Solução mais singela que empreender esse esforço hermenêutico seria simplesmente dar ao concessionário a prerrogativa da escolha do momento e da destinação dos valores da conta reserva, ou ao menos condicionar a decisão do Estado à anuência do particular.

Por fim, a segunda forma de não criar o incentivo perverso de que o Estado evite usar os valores da conta reserva para criar saldo a ser revertido às tarifas, quando da extinção contratual, seria simplesmente substituir de todo a destinação do saldo da conta reserva ao fim do contrato, para que ele seja usado apenas no abatimento dos valores eventualmente devidos ao concessionário a título de indenização relativa a bens reversíveis, independentemente da modalidade de extinção contratual verificada.

## 5 CONCLUSÃO

Conceito originário da física, resiliência é a propriedade que alguns corpos apresentam de retornar à forma original após terem sido submetidos a uma deformação. Tornou-se uma palavra “da moda”, muito usada em autoajuda, por *coaches* e pessoas

32. Cláusula 4.2 do anexo XI da minuta de contrato.

33. Art. 58, §1º, da Lei nº 8.666/1993.

34. Vedação essa incidente ainda que seja mantido, em geral, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao contrário das cláusulas ditas regulamentares, cuja alteração unilateral é possível mediante o concomitante reequilíbrio.

incautas. Mas, como visto neste texto, também é uma palavra que pode ser utilizada no mundo jurídico sem se “torcer o nariz”, em especial no direito administrativo. A partir da premissa de que a atividade regulatória é uma atividade de equilíbrio de interesses e da constatação de que, nas concessões de serviços públicos, o ponto nodal de mediação de interesses diz respeito à formação e manutenção das condições de equilíbrio econômico-financeiro, procurou-se, neste capítulo, avaliar fatores estruturais que influenciam negativamente a capacidade de manutenção de tal equilíbrio, isto é, que interferem na resiliência de contratos de concessão, e indicar mecanismos contratuais para lidar com tais fatores.

Nas concessões, a resiliência pode ser pensada como a capacidade que um contrato tem de suportar deformações à sua equação econômico-financeira e retornar ao estado de equilíbrio. Ou seja, o quão efetivo é o sistema de reequilíbrio econômico-financeiro de tais contratos, aqui avaliado em dois momentos: primeiro, em relação à definição do desequilíbrio e sua quantificação; e, em segundo lugar, em relação ao seu pagamento.

Não basta determinar o montante a ser pago; também é fator determinante para a manutenção do equilíbrio que haja adequação da forma, do meio de pagamento do reequilíbrio. Em verdade, reduzir o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato a eventual compensação, após anos ou décadas de litígio contratual, implica desprezar a própria lógica fundamental de tais contratos e do modo de prestação adequada dos serviços concedidos. Afinal, nas palavras de Egon Bockmann Moreira, “o desrespeito ao equilíbrio fere de morte o contrato de concessão”, e “a demora no reequilíbrio implicará a derrocada do projeto concessionário”, de modo que de nada adianta reequilibrar a destempo um contrato de concessão (2010, p. 384). Na mesma linha, não se pode imputar à concessionária um dever de continuar a prestar os serviços e reconhecer, apenas ao final da concessão, a faculdade de se obter algum tipo de compensação por prejuízos sofridos (Justen Filho, 2003, p. 390).

Nessa seara, há casos em que, mesmo tendo sido reconhecido o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato (caracterizando-se, assim, uma dívida contratual), o seu reequilíbrio pelos métodos usualmente empregados revela-se inviável (por razões jurídicas, econômico-financeiras ou político-institucionais): são os contratos irrequilibráveis. O acúmulo de desequilíbrios irrequilibráveis, além de financeiramente indesejável ao próprio poder concedente, pode levar ao esgotamento da capacidade de investimento do concessionário; conseqüentemente, leva à redução dos níveis de serviço e a descumprimentos contratuais, em violação ao interesse público que justificou a delegação. Trata-se de um sério problema, para o qual o arcabouço jurídico também não está preparado.

Daí a conveniência de se buscarem soluções que, sem a pretensão de promover reformas institucionais profundas, evitem a incidência dos fatores indicados que atuam para prejudicar o equilíbrio de forças nas concessões.

A conta reserva promove esse equilíbrio, ao permitir que, de algum modo, todos os interessados contribuam para a função primordial do equilíbrio econômico-financeiro, que é o de salvaguardar um núcleo essencial da contratação (Marques Neto e Loureiro, 2019, p. 138).

Por um lado, não prevalece o interesse fiscalista do ente público titular do serviço de receber, desde logo, um valor relevante a título de outorga fixa ou mesmo ao longo do tempo, com as parcelas variáveis (como visto com as modelagens adotadas pela Artesp). Também não prevalece o interesse puramente financeiro do concessionário, considerando-se que ele realiza desembolsos relevantes para abastecer a conta, seja com a outorga, como na modelagem paulista, ou com parcela da receita tarifária decorrente da incidência dos parâmetros de desempenho, como na modelagem fluminense. Ainda, o concessionário não se apropria verdadeiramente dos valores da conta reserva, que acabam por retornar ao erário quando da extinção contratual e após o pagamento das indenizações cabíveis.

Por sua vez, os usuários não têm seus interesses integralmente atendidos pelo fato de não pagarem a tarifa mais módica possível. Na modelagem paulista, seria obtida uma tarifa menor, caso os valores que os licitantes incluem em suas propostas, a título de outorga, constituíssem, ao invés, um possível desconto tarifário. Já na modelagem fluminense, o impacto do descumprimento de parâmetros de desempenho deixa de ser incorporado na tarifa para fins de sua redução – caso, por exemplo, do setor rodoviário, com a aplicação do “desconto de reequilíbrio” (Alencar, 2019, p. 113).

Ou seja, em ambos os casos, os concessionários, entes públicos e usuários, todos financiam os mecanismos de robustez da resiliência contratual, considerando-se que, ao fim e ao cabo, o que importa é a preservação da concessão. Afinal, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é justificada pela necessidade de se assegurar a própria viabilidade e permanência desses contratos, instrumentais por sua própria natureza, em prol da correta execução e entrega do serviço pactuado (Marques Neto e Loureiro, 2019, p. 136). E, ainda que as soluções individuais possam, a depender da modelagem específica, atribuir cargas maiores ou menores a algum dos interesses envolvidos na composição da conta reserva, isso é reflexo do fato de que toda ação estatal sempre terá efeitos desiguais nas esferas de interesses dos afetados pela medida, e que isso não importa qualquer violação (Marques Neto, 2017, p. 123) ao dever de promoção, mediação e equilíbrio de interesses. Assim, sendo a concessão um vínculo obrigacional de natureza regulatória (regulação contratual), é imperativo que se mantenha o equilíbrio desses interesses, combinando-os de modo a permitir a satisfação das perspectivas (concedente, concessionário e usuário) opostas, mas convergentes (Marques Neto, 2015, p. 135).

## REFERÊNCIAS

- ALENCAR, L. L. DE. (Org.). **Equilíbrio na concessão**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 280 p.
- ANDRADE, L. Q. de. (Org.). **Teorias das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 272 p.
- BARBOSA, F. de S. Limites (informais) à escolha da forma de reequilíbrio das concessões de serviço público. *In*: CONTANI, E. A. do R.; SAVOIA, J. R. F. (Ed.). **Infraestrutura no Brasil: regulação, financiamento e modelagem contratual**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 71-95.
- BOGOSSIAN, A. M. O poder-dever de renegociação dos contratos “irreequilibráveis” de concessão comum e PPP. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, v. 13, n. 7, p. 11-28, mar.-ago. 2018.
- \_\_\_\_\_. Contratos de concessão e PPP irreequilibráveis: um problema subnotificado antes da pandemia. *In*: LEAL, F.; MENDONÇA, J. V. S. DE (Ed.). **Transformações do direito administrativo: direito público e regulação em tempos de pandemia**. Rio de Janeiro: FGV, 2020. p. 107-128.
- CÂMARA, J. A. (Org.). **Tarifa nas concessões**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 240 p.
- FREITAS, R. V. de; RIBEIRO, L. C. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação.” *In*: MOREIRA, E. B. (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 371-388.
- GALÍPOLO, G. M.; HENRIQUES, E. de S. Rentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *In*: MOREIRA, E. B. (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 455-470.
- GARCIA, F. A. (Org.). **Concessões, parcerias e regulação**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. 416 p.
- GUERRA, S. Concessões de serviços públicos: aspectos relevantes sobre o equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. *In*: MOREIRA, E. B. (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 547-559.
- GUIMARÃES, B. S. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. *In*: MOREIRA, E. B. (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 57-69.

GUIMARÃES, F. V. (Org.). **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologia para recomposição. *In*: MOREIRA, E. B. (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 99-116.

HARB, K. H. **A revisão na concessão comum de serviço público**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 238 p.

JUSTEN FILHO, M. (Org.). **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654 p.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, v. 2, n. 7, 2004.

\_\_\_\_\_. A inviabilização da concessão de serviço público e o cabimento de sua extinção. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, n. 26, p. 85-116, set.-out. 2016.

KAHN, A. E. (Org.). **The economics of regulation: principles and institutions**. Cambridge: MIT Press, June 1988. 616 p.

MAROLLA, E. C. C. (Org.). **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011. 160 p.

MARQUES NETO, F. de A. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, p. 105-109, jan.-mar. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/3pYseyf>>.

\_\_\_\_\_. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. *In*: GUERRA, S. (Coord.). **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 200-248.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 220 p.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3t2EFLn>>.

\_\_\_\_\_. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. *In*: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 87-127.

MARQUES NETO, F. de A.; LOUREIRO, C. de S. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. *In*: MOREIRA, E. B. (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 135-156.

MARTELANC, R. Equilíbrio econômico x equilíbrio financeiro em concessões: um caso de transporte urbano de passageiros. *In*: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 10., 2005, Santiago. **Anais...** Santiago: CLAD, 2005.

MELLO, C. A. B. DE. (Org.). **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA, E. B. (Org.). **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. 480 p.

MOREIRA, E. B.; GUZELLA, R. P. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). *In*: MOREIRA, E. B. (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 421-440.

RIBEIRO, M. P. (Org.). **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). *In*: MOREIRA, E. B. (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 537-545.

SAMPAIO, P. R. P.; GUERRA, S. Concessões de serviços públicos e o tempo: aspectos relevantes sobre o impacto da variável “prazo” para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. *In*: GUERRA, S.; SAMPAIO, P. R. P.; BARBOSA, F. H. (Ed.). **Equilíbrio financeiro em projetos de infraestrutura e a TIR flexível**. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2019. v. 32, p. 19-80.

SUNDFELD, C. A. (Org.). **Direito administrativo contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2.

WILLIAMSON, O. E. (Org.). **Economics institutions of capitalism**. New York: Free Press, 1985. 400 p.