

Aleatoriedade em processos de reequilíbrio de contratos: o uso de estimativas de demanda para definir o valor da compensação às partes e para medir o valor do desequilíbrio¹

Mauricio Portugal Ribeiro

Especialista na estruturação e regulação de concessões e PPPs, sócio do Portugal Ribeiro Advogados, Mestre em Direito pela Harvard Law School, autor de vários livros e artigos sobre concessões, PPPs e outros temas dos setores de infraestrutura.

1. Introdução

Esse artigo pretende tratar de situações em que as regras adotadas para *(a)* a definição do valor do desequilíbrio e *(b)* a compensação às partes para reequilíbrio de contratos administrativos incluem elementos aleatórios.

O tema é certamente um dos mais complexos em relação à teoria e prática relativa ao reequilíbrio de contratos administrativos.

Por isso, para ser didático, o argumento central que desenvolverei será realizado considerando um caso hipotético, descrito no item 2 abaixo, no qual apenas o valor da compensação para reequilibrar o contrato inclui elementos aleatórios.

¹ Queria agradecer a Marcelo Lucon, Eduardo Jacob, Maira Calegari e Fernanda Yunes a interessante conversa que tivemos sobre reequilíbrio de contratos de rodovias, que terminou inspirando a elaboração do presente artigo. Queria agradecer também a Gabriela Engler pelas diversas sugestões de conteúdo e forma que fez no texto desse artigo e a Ana Claudia Cunha Costa pela revisão de texto. Eventuais erros e omissões são exclusivamente de minha responsabilidade.

Em relação a esse caso, desenvolverei reflexões sobre os efeitos dos elementos aleatórios (item 3) e sobre a licitude da utilização desses elementos aleatórios (item 4).

A seguir, no item 5, alinho reflexões sobre as limitações em torno do pagamento para reequilíbrio dos contratos, com objetivo de explicar porque, na prática, os processos de reequilíbrio incluem elementos aleatórios.

No item 6, vou expandir a minha reflexão para alcançar casos mais complexos: aqueles em que a mensuração do desequilíbrio (e não apenas a definição da compensação para reequilibrar o contrato) inclui elementos aleatórios, como é o caso dos aditivos contratuais aos contratos de concessão de rodovias da primeira rodada do Estado de São Paulo, que foram elaborados com base em cálculo do valor do desequilíbrio por aumento do ISS – Imposto Sobre Serviços, incidente sobre as receitas tarifárias, considerando a demanda estimada no plano de negócios. Esses aditivos, celebrados em 2006, estão sendo questionados judicialmente pela ARTESP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo e pelo Estado de São Paulo, entre outras razões, por consequência dos efeitos aleatórios do reequilíbrio dessa forma realizado.

Por fim, no item 7, analisarei a conveniência de sistemas de reequilíbrio incluírem elementos aleatórios, da perspectiva das melhores práticas na estruturação de contratos de concessão e PPP, e mencionarei um mecanismo já utilizado no Brasil que, se incluído nos contratos de concessão ou PPP, eliminaria os elementos aleatórios no processo de reequilíbrio.

2. Descrição de caso hipotético muito semelhante a situações concretas em que o pagamento para reequilíbrio do contrato inclui aspectos aleatórios, apesar do valor do desequilíbrio ser certo

Vamos imaginar que um concessionário de infraestrutura rodoviária tenha um custo adicional de R\$ 50 milhões² em um dado ano pela ocorrência de um evento que, pelo contrato, é risco do Poder Concedente.

A agência reguladora e o Poder Concedente, em vista dessa situação, reconhecem o desequilíbrio do contrato, e o reequilibram, por meio de aumento da tarifa ao usuário, de modo a compensar o concessionário pelo custo adicional mencionado, utilizando para cálculo do valor da nova tarifa o plano de negócios originário da concessão, com as suas projeções de custos e receitas.

² Em geral, como os planos de negócios de concessões são feitos em termos reais (desconsiderando a inflação), seria necessário desinflacionar esse valor para a data de referência do plano de negócios e depois inflacionar, para aplicação à situação prática do valor da compensação calculada conforme o plano de negócios.

Esse plano de negócios foi apresentado pelos acionistas do concessionário em conjunto com a sua proposta econômica, na licitação para a concessão, e consta como anexo ao contrato de concessão. As projeções de receitas constantes do plano de negócios foram realizadas com base em uma curva estimada de demanda pelos serviços da rodovia, que está explícita no plano de negócios.

Imagine-se, por fim, que o referido contrato de concessão estabeleça que o risco de variação da demanda seja do concessionário.

3. Efeitos do reequilíbrio realizado por meio de aumento da tarifa, considerando as projeções de demanda constantes do plano de negócios

Vamos imaginar agora dois cenários em relação à curva de tráfego constante do plano de negócios, que foi utilizado para fazer o reequilíbrio acima descrito.

Note-se que, para efeito dos comentários a seguir, vou desconsiderar o problema da elasticidade da demanda em relação ao preço da tarifa.

Além disso, é necessário observar que os cenários a seguir apresentados são extremos no que toca à relação entre as curvas de demanda real e estimada: neles se mantêm constante a superioridade de uma das curvas em relação à outra durante todo o prazo da concessão. Na realidade, contudo, são possíveis diversas outras possibilidades.

3.1. Cenário 1: curva estimada de demanda está e permanece até o final da concessão mais alta que a curva real

Nesse cenário, ao diluir o pagamento pelo reequilíbrio em uma demanda maior que a efetiva, a tendência é que o concessionário não seja devidamente compensado pelo desequilíbrio do contrato.

Isso porque os R\$50 milhões foram diluídos para pagamento pelo número de usuários suposto na curva de demanda estimada constante do plano de negócios, que é maior do que o número de usuários efetivos da rodovia.

Como até o momento em que foi realizado o processo de reequilíbrio do contrato, a demanda efetiva não alcançou a estimada no plano de negócios do concessionário, o concessionário receberá só um pedaço desses R\$ 50 milhões: o pedaço que corresponde e será pago pelos usuários efetivos.

Evidentemente, ele não receberá o valor que deveria ser pago pelos usuários que eram esperados (pela estimativa de demanda), mas que não vieram a usar a rodovia.

Portanto, no Cenário 1, o concessionário provavelmente terá perdas por consequência das regras de reequilíbrio adotadas.

3.2. Cenário 2: curva estimada de demanda está e permanece até o final da concessão mais baixa que a curva real

Nesse cenário, ao diluir o pagamento pelo reequilíbrio em uma demanda menor que a efetiva, a tendência é que o concessionário tenha compensação mais alta do que a devida pelo desequilíbrio. Em outras palavras, ele provavelmente receberá mais do que o ressarcimento dos R\$ 50 milhões (somado ao tratamento do valor do dinheiro no tempo, para compensar a diluição do pagamento por vários anos).

Isso porque os R\$50 milhões foram divididos para pagamento pelo número de usuários suposto na curva de demanda estimada utilizada pelo concessionário, que é menor que o número real de usuários.

Como até o momento em que foi realizado o processo de reequilíbrio do contrato, a demanda efetiva estava permanentemente acima da estimada no plano de negócios do concessionário, o concessionário provavelmente receberá mais do que os R\$ 50 milhões e a remuneração pela diluição no tempo do pagamento.

Portanto, no Cenário 2, o concessionário provavelmente terá ganhos por consequência das regras de reequilíbrio adotadas.

3.3. Análise do que acontece nos Cenários 1 e 2

A atribuição pelo contrato de concessão do risco de dado evento ao Poder Concedente torna-o responsável pelo custo eventualmente gerado pela ocorrência desse evento.

No caso acima relatado, o concessionário arcou com o custo adicional decorrente de evento cuja realização era risco do Poder Concedente. Isso geralmente acontece porque, como o concessionário é responsável pela continuidade da operação da rodovia, ele termina adotando providências e arcando com os custos necessários à continuidade da prestação adequada do serviço.

O concessionário, contudo, deveria ser ressarcido desse valor imediatamente pelo Poder Concedente. O ideal seria o ressarcimento à vista. Isso porque se o ressarcimento for a prazo, basicamente, o Poder Concedente estará tomando um empréstimo com o concessionário e pagando a prazo. Se fizer isso, o concessionário deverá ser remunerado, pelo menos³, pelo valor da taxa interna de

³ Nos casos em que a ocorrência do evento afetar a alavancagem da concessão, provavelmente, para que o concessionário não perca rentabilidade, será necessária uma compensação que dê conta das perdas sofridas pelos acionistas da concessionária por consequência da redução da alavancagem da concessionária. Vide sobre isso os seguintes trabalhos de minha autoria: Ribeiro, Mauricio Portugal. *Reequilíbrios incompletos*

retorno de projeto da concessão, prevista no seu plano de negócios, de modo que o empréstimo tomado pelo Poder Concedente ao concessionário (por meio do parcelamento no tempo do pagamento pelo desequilíbrio) não afete a rentabilidade esperada da concessão.

Ao diluir o pagamento desse valor pela curva estimada de demanda da rodovia, o Poder Concedente tornou incerto o recebimento do pagamento do valor de R\$50 milhões devido pelo Poder Concedente ao concessionário. É que esse valor será pago a depender da ocorrência de demanda.

Se a demanda pela rodovia for acima da estimada, o concessionário será premiado com um pagamento por esses R\$ 50 milhões mais alto do que o devido, conforme Cenário 2.

Se, no entanto, a demanda pela rodovia for menor que a estimada, o concessionário receberá menos que o valor que lhe é devido pelo Poder Concedente, conforme o Cenário 1.

4. É lícito tornar aleatório o pagamento para reequilíbrio do contrato submetendo-o ao risco de demanda, como no caso hipotético acima descrito?

A primeira pergunta que seria importante fazer é se a Administração Pública pode celebrar contratos aleatórios, ou, se ela pode assumir obrigações que têm efeitos aleatórios. Não me surpreendeu o fato de não conseguir encontrar na nossa doutrina do Direito Administrativo qualquer discussão sobre esse assunto.

Pior, quando tratamos de contratos complexos, notei que a própria distinção entre contratos aleatórios e comutativos, tão utilizada no Direito Privado, é vaga. É que, em contratos complexos, a própria distribuição de riscos neles prevista traz para o contrato, muitas vezes, elementos aleatórios. Por exemplo, ao atribuir o risco de demanda por um serviço integralmente a um concessionário, o contrato de concessão quebra a comutatividade do arranjo e torna-o aleatório. A discussão nesse caso seria então não se há ou não no contrato elemento aleatório, mas sobre o grau de aleatoriedade e de comutatividade em cada contrato.

Poder-se-ia, nesse contexto, dizer que, para que o contrato se caracterize como aleatório, é preciso que essa aleatoriedade se manifeste nas obrigações principais

de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza reequilíbrio econômico), publicado em 01/11/2015, e disponível para download no seguinte link: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/reequilbrios-incompletos-de-contratos-de-concesso-e-ppp>; Ribeiro, Mauricio Portugal. *O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem)*, publicado em 23/09/2014, e disponível para download no seguinte link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet-39170396?related=2>.

das partes. Note-se, então, que no caso da transferência integral do risco de demanda pelo serviço ao concessionário – como ocorre na grande maioria das concessões comuns de serviço público – a aleatoriedade decorrente do risco de demanda atinge a principal forma de pagamento do concessionário pelo serviço que é a receita tarifária.

Isso significa que a grande maioria dos contratos de concessão comum de serviços públicos são contratos aleatórios, pois o pagamento do concessionário pelos serviços prestados está submetido à ocorrência de demanda.

É evidente que o risco de demanda – particularmente em projetos *brownfield* de concessão – implica em uma distribuição de probabilidades em que a maior probabilidade é que a demanda se situe em determinado intervalo. Mas isso é uma análise estatística, que apenas define os contornos, o grau da aleatoriedade. Mas não a desnatura.

Se levarmos a sério a aleatoriedade trazida para os contratos de concessão e PPP pela atribuição do risco de demanda aos concessionários, chegaríamos à conclusão que todos os contratos de concessão e PPP em que o risco de demanda está atribuído integralmente ao concessionário são contratos aleatórios, eis que o pagamento do concessionário depende da ocorrência de demanda (supondo que a sua principal receita é a tarifária).

Já se nota que, para contratos complexos como os de concessão e PPP, a distinção seca entre contratos aleatórios e contratos comutativos tem pouca utilidade.

E afirmo isso considerando apenas o que tenho chamado de “cerne” do contrato de concessão e PPP que se define pelas prestações principais das partes: as prestações principais do concessionário e a forma como ele é pago pelo cumprimento dessas prestações (no exemplo acima as receitas provindas da tarifa são a forma de pagamento principal ao concessionário).

Se considerarmos além dos casos em que a aleatoriedade está no centro das prestações principais do contrato, os casos em que a aleatoriedade do contrato decorre da distribuição de riscos contratual, aí poderíamos dizer que não apenas os contratos de concessão e PPP, mas também diversos outros contratos administrativos seriam aleatórios.

Imagine-se, por exemplo, um contrato de obra rodoviária que estabeleça que os riscos geológicos são do concessionário. A atribuição do risco geológico ao concessionário cria aleatoriedade relevante. Isso seria suficiente para caracterizar o contrato como aleatório? Eu acho que sim.

Enfim, a distinção entre contratos comutativos e aleatórios não pode ser aplicada sem mais a contratos complexos, como os de concessão e PPP. Se formos usar essa

distinção para analisar contratos de concessão e PPP seria mais correto falar em elementos aleatórios e elementos comutativos desses contratos, já que eles possuem elementos tanto de um como de outro.

É verdade, por outro lado, que tanto a Lei 8.666/93, quanto a Lei de Concessões estabelecem mecanismos que buscam limitar a aleatoriedade dos contratos administrativos em geral e dos contratos de concessão e PPP em particular.

Vejam o exemplo da disciplina legal da álea extracontratual (isso é o risco relativo a temas não tratados no contrato). A própria Lei 8.666/93, no seu artigo 65, inciso II, alínea “d”, atribui à Administração Pública o risco relativo a eventos classificados como álea extraordinária e como álea ordinária de efeitos incalculáveis. Ora, essa atribuição de riscos relativos a eventos não tratados no contrato, torna o contrato menos aleatório, pois ao dar ao concessionário a possibilidade de obter o reequilíbrio por eventos extraordinários e ordinários de efeitos incalculáveis a lei protege a comutatividade do contrato (se ocorrer o evento e atingir o concessionário, ele será compensado por isso). E, assim, essas leis evitam efeitos aleatórios sobre o contratado da Administração Pública.

Também a previsão legal do direito a reequilíbrio por alterações unilaterais implica em comutatividade sobre um tema que poderia trazer elementos aleatórios para o contrato.⁴

Então, e apenas para concluir o raciocínio realizado até esse ponto do texto: se usarmos a distinção clássica entre contratos aleatórios e contratos comutativos, chegaríamos à conclusão que a grande maioria dos contratos de concessão e PPP são contratos aleatórios, porque, seja em relação às prestações principais do contrato, seja em relação à distribuição dos riscos contratuais, há aleatoriedade. Muitas vezes, entretanto, é possível tratamento racional das ocorrências aleatórias por meio de instrumentos estatísticos. Pode-se notar em vários dispositivos da Lei 8.666/93 e da Lei de Concessões que buscam limitar a aleatoriedade do contrato, obrigando o tratamento comutativo de eventos que teriam efeitos aleatórios. E, por fim, é possível extrair da digressão feita até aqui que não há qualquer incompatibilidade entre Administração Pública e a aleatoriedade. Não há qualquer sinal na legislação que a Administração Pública não possa celebrar arranjos contratuais que envolvam elementos aleatórios.

Nesse contexto, a pergunta que é importante realizar para os fins do presente artigo é se é permitido que as regras para reequilíbrio dos contratos incluam elementos aleatórios.⁵

⁴ Vide artigos 58 e 65, da Lei 8.666/93, e artigo 9º, da Lei 8.987/95.

⁵ Discussão relacionada a essa é se poderia a Administração Pública celebrar contratos aleatórios, particularmente os atípicos. Quanto à possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos aleatórios típicos, não me parece haver dúvida. A própria Lei 8.666/93 por exemplo menciona os contratos de seguro, que são contratos aleatórios. Na minha opinião, também não há dúvida de que a Administração Pública

Na minha opinião, se as partes acordaram o uso de elementos aleatórios para reequilíbrio, originalmente ou por meio de aditivo, não há dúvidas de que essa forma de reequilibrar o contrato é lícita.

A ideia de que essa forma de reequilibrar o contrato é ilícita está baseada em uma suposição de que a nossa lei (e, alguns chegam a dizer que a nossa Constituição) estabelecerá uma forma específica de realizar os reequilíbrios dos contratos, que exigiria que as partes fossem compensadas positivamente ou negativamente, exatamente e respectivamente no valor das perdas ou dos ganhos que obtiveram por consequência de eventos que desequilibrem os contratos.

Mas essa suposição está equivocada. Lamentavelmente, a nossa legislação não estabelece isso. Particularmente, em relação às concessões e PPPs, ela delega aos contratos a definição dos respectivos sistemas de reequilíbrio (vide artigo 10, da Lei 8.987/95, aplicável às concessões comuns e às PPPs).

Em outras palavras, do ponto de vista jurídico, não existe regra legal que proíba que o sistema de reequilíbrio dos contratos inclua aspectos de aleatoriedade, seja em relação à compensação pelo desequilíbrio, seja em relação à mensuração dos desequilíbrios.

Mas alguém com uma visão conservadora do Direito Administrativo poderia dizer: “– *Não há previsão legal no Brasil de sistemas ou regras aleatórias de reequilíbrio. Como a Administração Pública só pode fazer o que é permitido em lei, então, não seria viável usar elementos aleatórios no reequilíbrio dos contratos, pois não há permissão legal para tanto.*”

Se adotarmos essa perspectiva conservadora (na minha opinião, ultrapassada), nenhum processo de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos poderia ser realizado. Isso porque a nossa legislação nada fala sobre como devem ser calculados os desequilíbrios ou como devem ser calculadas as compensações às partes pelos desequilíbrios dos contratos.

pode celebrar contratos aleatórios atípicos. Isso decorre da aplicação supletiva do Direito Comum relativo aos contratos à Administração Pública.

Além disso, substancialmente o argumento que me parece mais forte para demonstrar que a Administração Pública pode, de fato, celebrar contratos aleatórios é a constatação da ampla possibilidade da Administração Pública de contratualmente distribuir riscos, o que pode criar efeitos aleatórios sobre as partes.

Não haveria, portanto, nenhuma razão para se imaginar que a aleatoriedade ou elementos aleatórios contratuais fossem, por si, de alguma forma incompatíveis com a Administração Pública.

Aliás, da perspectiva econômica, a Administração Pública exerce diversas vezes função de segurador universal, exatamente porque, como ela pode externalizar para a base contribuintes os efeitos de quaisquer ocorrências, ela é entidade com grande capacidade de absorver consequências econômicas negativas de praticamente quaisquer eventos.

A nossa lei geral sobre contratos administrativos limita-se a dizer que determinadas ocorrências fazem surgir o direito de reequilíbrio do contrato (particularmente, os artigos 58 e 65, da Lei 8.666/93). Mas nada diz sobre como mensurar o desequilíbrio ou como compensar as partes de modo a reequilibrar o contrato.

No caso específico da Lei de Concessões (Lei 8.987/95), há também a descrição de algumas poucas hipóteses de surgimento do direito ao reequilíbrio (vide os parágrafos ao artigo 9º), seguida do estabelecimento de uma regra clara que remete aos contratos a definição de todos os aspectos sobre o reequilíbrio (artigo 10).

Portanto, se adotarmos a visão de que a Administração Pública só pode realizar o que estiver expressamente definido em lei – à espera da previsão legal sobre como fazer o processo de reequilíbrio – simplesmente a Administração Pública ficaria paralisada, porque não há, nas nossas leis, qualquer regra sobre apuração de desequilíbrio e definição da compensação às partes. Creio que nem mesmo o mais conservador dos nossos juristas teria coragem de advogar em favor dessa paralisia, que seria, claramente, um completo contrassenso, em vista da clareza do direito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro.

Essa argumentação deixa claro que a nossa legislação não supôs, nem adotou uma determinada visão sobre o que essencialmente, da perspectiva econômica e financeira, se constitui na proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A nossa legislação delegou a cada contrato definir como deve ser a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Enfim, independentemente das crenças do leitor do presente artigo sobre a explicação para essa omissão legislativa⁶, o fato é que não há em lei no Brasil regras sobre como deve ser apurado o desequilíbrio dos contratos e sobre como a parte atingida deve ser compensada para reequilíbrio do contrato. Há, contudo, a certeza de que as partes têm o direito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

⁶ É possível supormos diversas explicações para isso. Uma primeira explicação seria que os nossos legisladores e os nossos juristas, com base em seu conhecimento profundo das questões econômicas e financeiras dos contratos, tinham tanta clareza sobre como deveriam ser feitos os processos de reequilíbrio, que resolveram não tratar disso em lei, porque achavam algo por demais óbvio. Conhecendo alguns dos nossos legisladores e vários dos meus colegas juristas, e tendo já participado como especialista no tema de alguns processos legislativos para disciplina de aspectos de contratos administrativos, eu acho muito difícil essa explicação corresponder à realidade. Uma outra explicação, que, na minha opinião, provavelmente descreve melhor a nossa realidade, é que nem os legisladores, nem os juristas entendiam o suficiente sobre os aspectos econômicos e financeiros dos contratos para fazer qualquer disciplina em lei do tema. Uma terceira explicação supõe que eles entendiam que os contratos são tão diferentes entre si que resolveram omitir da lei qualquer tratamento do tema, para que cada contrato possa prever as suas regras sobre o reequilíbrio.

E a prática em torno dos contratos administrativos consolidou que, em relação a esses temas, vale o que estiver disposto no contrato e as práticas adotadas pelas partes para a sua execução.

Aliás, em contratos relacionais, como os de concessão e PPP, o cumprimento das obrigações das partes depende muitas vezes das suas interações para especificar e aplicar a linguagem do contrato. As práticas desenvolvidas dessa forma passam a integrar o contrato, criando expectativas jurídicas entre as partes, que conforme princípios e parâmetros já previstos no nosso sistema jurídico (boa-fé objetiva e confiança legítima), são juridicamente protegidas.

Portanto, não me parece haver dúvidas que é perfeitamente lícito no nosso sistema jurídico o estabelecimento de mecanismos de apuração de desequilíbrio de contratos e de definição do valor das compensações que incluam elementos aleatórios.

A licitude desses elementos aleatórios implica necessariamente na impossibilidade de, posteriormente, se invalidar, por essa razão, os contratos por consequência dos efeitos do funcionamento desses elementos aleatórios. Por exemplo, a parte prejudicada por perdas que decorram exclusivamente dessa aleatoriedade não poderá questionar a aleatoriedade com base apenas nas perdas que ela eventualmente lhe causar. E as normas sobre a proibição do enriquecimento sem causa e sobre a onerosidade excessiva das obrigações são automaticamente afastadas contra efeitos de um mecanismo propositalmente aleatório adotado pelas partes.

Uma questão bem mais complexa é o problema da avaliação da conveniência e oportunidade de celebração de arranjos aleatórios. Seria preciso avaliar em cada caso os benefícios e os custos da celebração desses arranjos. Essa avaliação pode utilizar instrumentos, inclusive estatísticos, bastante sofisticados.

Apesar da avaliação da conveniência e oportunidade não estar sujeita a controle judicial por si, é indispensável que seja cumprida a necessidade de motivação do ato administrativo, ocasião em que deverão ser explicitadas as razões porque a Administração Pública preferiu adotar um dado arranjo em detrimento de outros possíveis.

No item 5 abaixo trato das razões porque a Administração Pública inclui elementos aleatórios na compensação pelo desequilíbrio e no cálculo do valor do desequilíbrio.

5. Por que concessionários, Poderes Concedentes e agências reguladoras enveredam para a aleatoriedade?

No caso da aleatoriedade na realização da compensação pelo reequilíbrio, em diversas situações, a única forma de obter as compensações econômicas e/ou financeiras necessárias para reequilibrar o contrato é por meio do aumento de tarifa ou de prazo do contrato.

Como o cálculo do valor do reequilíbrio, em regra, é baseado no plano de negócios, e, por isso, considera as projeções de demanda nele previstas, isso termina automaticamente subordinando o cálculo do valor do pagamento para reequilíbrio ao risco de demanda, o que tem por consequência tornar o valor da compensação para reequilíbrio do contrato aleatória.

Duas razões levam concessionários, agências reguladoras e Poderes Concedentes a enveredar pela aleatoriedade.

Na grande maioria dos casos, são tantas as limitações criadas pela visão tradicional do Direito Administrativo, e particularmente dos contratos administrativos, que sequer é dada outra opção às partes.

É comum, por exemplo, haver em procuradorias e departamentos jurídicos de entidades governamentais, o equivocado entendimento de que em concessões comuns não é viável o pagamento pelo Poder Concedente em dinheiro ao concessionário para reequilíbrio do contrato. Esse entendimento é equivocado porque o direito ao reequilíbrio, quando concretamente reconhecido, cria uma dívida contratual, que pode ser paga por qualquer forma em direito admitido, inclusive à vista, em dinheiro.

Além disso, em vários casos, apesar de isso não ser claro na letra do contrato, a interpretação das procuradorias, departamentos jurídicos e órgãos de controle, subordina o aumento de prazo para reequilíbrio do contrato aos limites de prorrogação de prazo do contrato. Em outras palavras, há uma suposição de que há uma hierarquia entre o prazo de validade do contrato de concessão e a possibilidade de extensão desse prazo para o reequilíbrio do contrato. Na minha opinião, limites à prorrogação de prazo de contrato deveriam ser interpretados restritivamente, não se aplicando à extensão de prazo para reequilíbrio do contrato, a não ser que houvesse previsão contratual específica nesse sentido.

Há ainda os casos em que se supõe que os aditivos para reequilíbrio dos contratos se subordinam aos limites quantitativos de alteração dos contratos da Lei 8.666/93. Evidentemente, esse entendimento não faz o menor sentido. Felizmente, na doutrina, até onde consegui levantar, isso é consensual. Mas, é mais uma barreira que, na prática, tem que ser superada em alguns casos para reequilibrar o contrato.

Enfim, essas limitações construídas por interpretações restritivas do direito ao reequilíbrio do contrato tornam mais difícil a solução dos desequilíbrios contratuais, e, entre outros efeitos, tornam o aumento da tarifa a forma por

excelência de reequilibrar contratos de concessão em geral, particularmente os de concessão comum. A outra forma de fazê-lo seria a variação dos custos operacionais e de investimentos, que tem impactos políticos, pois muitas vezes afetam a qualidade/quantidade do serviço ao usuário, e, por isso, é evitada.

A variação da tarifa como mecanismo para reequilibrar o contrato certamente levará o reequilíbrio a ter elementos aleatórios, pois vincula o valor da compensação para reequilíbrio do contrato ao risco de demanda.

Como ninguém, até aqui, pensou em prever junto com o reequilíbrio um mecanismo de ajuste para que, periodicamente, seja dimensionada a dívida contratual não paga e o pagamento previsto para reequilíbrio, todos os casos práticos de reequilíbrios de contrato por variação de tarifa que acompanhei incluíam elementos aleatórios.

Mencionarei, contudo, no item 7 abaixo, um mecanismo que foi desenvolvido para evitar a aleatoriedade nas compensações quando usada a metodologia do fluxo de caixa marginal. Esse mecanismo já foi usado em vários contratos de concessão no Brasil e poderia ser utilizado em geral para se evitar a aleatoriedade no valor da compensação para reequilíbrio de contratos em casos em que o reequilíbrio seja por meio de aumento de tarifa (com pagamento, portanto, sujeito à variação da demanda).

6. Estendendo o argumento originário do presente artigo: e se o aspecto aleatório do sistema de reequilíbrio estiver não apenas na definição do valor da compensação ao concessionário, mas abranger também a mensuração do desequilíbrio do contrato, isso é lícito?

Sim, me parece ser lícito pela mesma razão que é lícita a aleatoriedade no cálculo da compensação pelo desequilíbrio: não há nenhuma proibição legal à previsão de aleatoriedade no sistema de regras sobre o equilíbrio do contrato e a legislação expressamente atribui ao contrato a definição das regras sobre o reequilíbrio. Se o contrato, ou seus aditivos estabelecem elementos aleatórios na mensuração do desequilíbrio não há nada ilícito nisso.

Contudo, me parece mais difícil nesse caso a justificativa, em termos de custo/benefício para Administração Pública, da utilização de elemento aleatório na mensuração do desequilíbrio. Mas isso, por si, não torna os dispositivos contratuais que estabelecem a aleatoriedade no cálculo do desequilíbrio inválidos.

Creio que vale a pena explicar melhor o que são exatamente esses contratos em que os elementos aleatórios estão incluídos na mensuração do desequilíbrio (em oposição aqueles em que os elementos aleatórios estavam apenas na definição do valor da compensação pelo desequilíbrio).

6.1. Breve explicação sobre as possibilidades de localização da aleatoriedade no sistema de reequilíbrio do contrato: a diferença entre o caso descrito no item 2 acima e o caso em que a aleatoriedade é na própria mensuração do valor do desequilíbrio

O processo de reequilíbrio de um contrato de concessão, quando realizado por aumento de tarifas, envolve os seguintes passos:

- a) Análise do enquadramento do evento como evento de desequilíbrio. Para isso, é preciso verificar se o alegado evento de desequilíbrio é, pela lei ou pelo contrato, risco de uma das partes, mas a sua ocorrência impactou econômica ou financeiramente à outra parte do contrato;
- b) Dimensionar o impacto econômico e financeiro do evento sobre a parte por ele afetada (por exemplo, eventuais aumentos de custos ou reduções de receitas, definindo também em que momento do tempo elas aconteceram ou acontecerão). **Note-se que, conforme vou explicar, abaixo, esse dimensionamento do desequilíbrio pode ter aspectos aleatórios. Por exemplo, o caso dos aditivos aos contratos de concessão da primeira rodada do Estado de São Paulo, que reequilibrou os contratos pelo aumento do ISS sobre as receitas de pedágio. O desequilíbrio relativo ao aumento de ISS foi calculado considerando as projeções de demanda do plano de negócios. Como vou explicar melhor abaixo, isso é uma manifestação de aleatoriedade no próprio cálculo do valor desequilíbrio do contrato (e não apenas no valor do pagamento para reequilíbrio);**
- c) Supondo que o plano de negócios foi elaborado em valores reais (isso é desconsiderando a inflação), o valor dos impactos do evento deverá ser desinflacionado da data do impacto sobre a concessionária até a data de referência dos valores previstos no plano de negócios (em regra a data de referência é a data em que foi realizada a apresentação da proposta na licitação da concessão/PPP). A desinflação desses valores deve ser realizada utilizando o índice previsto no contrato para reajuste das tarifas, que na maioria dos contratos recentemente assinados é o IPC-A;
- d) Inclusão dos valores desinflacionados no respectivo ano de ocorrência do evento gravoso no plano de negócios, adicionalmente aos custos e receitas que já estavam previstos naquele ano;
- e) Se o contrato estabelecer que o reequilíbrio será realizado utilizando a taxa interna de retorno do projeto, e se o Poder Concedente decidir que, por exemplo, a compensação à concessionária será realizada pela variação do valor da tarifa, a agência reguladora poderá utilizar a função “Atingir Meta”

da Planilha Excel para que o modelo calcule o valor da nova tarifa, de modo a atingir a taxa interna de retorno do projeto prevista originalmente no plano de negócios.⁷ **Ao fazer isso, o valor do aumento de tarifa para reequilibrar o contrato vai considerar a demanda estimada no plano de negócios, e, assim, incluir aleatoriedade no pagamento pelo desequilíbrio, conforme o caso descrito no princípio do presente artigo.**

- f) O valor da diferença entre a *(i)* tarifa resultante do exercício mencionado no item “d” acima e *(ii)* a tarifa originária prevista no plano de negócios deve ser inflacionada para aplicação à realidade. É que, apesar do plano de negócios ter sido criado desconsiderando a inflação, na realidade, a moeda perde parte relevante do seu valor ao longo dos anos. Portanto, para que a diferença entre a tarifa prevista originalmente no plano de negócios e a tarifa calculada pelo procedimento acima mantenha seu valor, será necessário inflacioná-la antes de aplicá-la à realidade. Para isso, será necessário corrigir o valor dessa diferença entre a data de referência do plano de negócios (geralmente a data de entrega das propostas na licitação) e o último dia considerado no período do mais recente reajuste de tarifa realizado contra a inflação. Aplicar-se-á, para tanto, o índice de reajuste da tarifa previsto no contrato de concessão;
- g) Reajustado de acordo com o previsto no item “e” acima, o valor da diferença entre a *(i)* tarifa calculada conforme procedimento previsto nos itens “a” a “d” acima e *(ii)* a tarifa originária prevista no plano de negócios será somado ao valor da tarifa atualmente praticada pela concessionária;
- h) As partes celebrarão, então, um termo aditivo ao contrato estabelecendo um novo valor de tarifa e incorporando ao plano de negócios originário o exercício previsto nos itens “a” a “d” acima. Esse novo plano de negócios será, então, daí em diante utilizado como referência do contrato em estado de equilíbrio. Ou seja, ele será a base para novos processos de compensação pela ocorrência de eventos que são risco de uma das partes, mas que impactam a outra parte.
- i) **O pagamento pelo desequilíbrio ficará dependente da demanda pelo serviço. Se a demanda for menor que a prevista no plano de negócios, o concessionário receberá menos do que o valor do desequilíbrio. Se a demanda, contudo, for maior que a curva estimada no plano de negócios, então, o concessionário receberá mais que o valor do desequilíbrio.**

⁷ É preciso atenção para que o cálculo seja realizado considerando o aumento da tarifa do ano em que for realizado o reequilíbrio em diante, pois, evidentemente, não adianta incluir no cálculo do reequilíbrio o aumento da tarifa para anos da concessão que já passaram.

No caso sobre o qual discorri até o item 5 do presente artigo, o elemento aleatório estava na definição do valor do pagamento à parte atingida pelo desequilíbrio. Na descrição acima do procedimento para reequilibrar o contrato, isso está previsto nos itens “e” e “i”. Observe-se que, no caso descrito até o item 5 do presente artigo, apesar do valor da efetiva compensação ao concessionário variar conforme a demanda pelos serviços, a mensuração do montante do desequilíbrio (R\$ 50 milhões) foi realizada considerando o custo efetivamente incorrido pelo concessionário por consequência da ocorrência do evento que, pelo contrato, era risco do Poder Concedente. No caso descrito no item 2 acima, portanto, não há elementos aleatórios na apuração do valor do desequilíbrio.

Como já mencionado no item “e” acima, existem, contudo, contratos em que as regras preveem a utilização de aspectos aleatórios para mensurar o desequilíbrio. Veja-se, por exemplo, os termos aditivos aos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo que utilizaram a curva de demanda estimada, constante do plano de negócios para mensurar o valor do desequilíbrio, no caso do aumento do ISS incidente sobre a receita tarifária das concessionárias.

A metodologia usada nesses aditivos tinha o seguinte efeito: se a estimativa de demanda, no momento da mensuração do desequilíbrio estivesse acima da demanda real – como estava no caso das concessões de rodovias paulistas em 2006 – o concessionário ganharia com o reequilíbrio. Isso porque o custo do aumento do tributo seria calculado a partir de uma curva de demanda acima da demanda real. Isso geraria (e gerou no caso concreto) um valor de compensação ao concessionário mais alto que o valor adicional que ele efetivamente recolheu aos cofres municipais por decorrência do aumento do tributo.

Se a estimativa de demanda, no momento da mensuração do desequilíbrio estivesse abaixo da demanda real, o concessionário teria perdido com o reequilíbrio. Isso porque o custo do aumento do tributo seria calculado a partir de uma demanda abaixo da real. Portanto, nesse caso o valor da compensação ao concessionário seria mais baixo que o valor que ele recolheria aos cofres municipais por decorrência do aumento do ISS.

A ARTESP e o Estado de São Paulo resolveram, por várias razões que não cabe discutir no presente artigo, ajuizar ação para anular os aditivos que realizaram esses reequilíbrios.

Sem querer entrar nas questões tratadas na ação judicial – que, como disse, envolvem vários aspectos alheios ao presente artigo – acho importante deixar claro que, na minha opinião, pelas razões que já expliquei acima, a aleatoriedade de aspectos do sistema de equilíbrio econômico-financeiro do contrato e as consequências econômicas e financeiras dessa dinâmica, não são, em si, suficientes para torná-lo inválido, e, portanto, anulável ou nulo.

Cabe também dizer que, evidentemente, uma vez que é lícita a utilização de mecanismos aleatórios, são lícitos também os seus efeitos econômicos e financeiros. Portanto, o aumento ou redução da rentabilidade da concessão (taxa interna de retorno do projeto e taxa interna de retorno do acionista) por consequência dos efeitos de um mecanismo aleatório de reequilíbrio adotado pelas partes é perfeitamente lícito.

7. Se fossemos desenvolver regras a serem aplicadas para os próximos contratos administrativos, deveríamos incluir aspectos aleatórios nas regras sobre reequilíbrio?

Não. Um sistema ideal de reequilíbrio, que seguisse melhores práticas, não deveria incluir aspectos aleatórios.

Isso porque a função econômica e financeira da garantia à preservação do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos é proteger as partes das consequências de eventos que, pelo contrato ou pela lei, são risco de outra(s) parte(s) do contrato.

O objetivo das regras sobre o reequilíbrio do contrato é colocar a parte atingida pelo evento que não é risco seu, tanto quanto possível, na condição econômica e financeira anterior à ocorrência do evento.

Os elementos aleatórios das regras de reequilíbrio acima descritas tornam incerto o valor a ser recebido pelo concessionário por consequência da ocorrência de evento que não é risco seu. Em outras palavras, um sistema de reequilíbrio que inclui aspectos aleatórios é um sistema de reequilíbrio que potencialmente deixa as partes parcialmente ou totalmente desprotegidas de riscos que são atribuídos pelo contrato ou pela lei a outras partes do contrato.

Portanto, um sistema ideal de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato deveria compensar as partes no exato valor do impacto efetivo sobre elas de evento que é risco de outras partes. A parte atingida pelo evento não deveria nem ganhar, nem perder com o reequilíbrio. Apenas ser colocada na condição exatamente anterior à ocorrência do evento.

Mas como fazer isso em casos semelhantes aos que citei nesse artigo?

Bastaria que o contrato previsse que, em caso de ocorrência de evento que é risco de outra parte, a variação dos custos ou das receitas que decorrerem desse evento será sempre mensurada tomando como base a situação real, e que a compensação às partes por esse evento se dará sempre na exata medida do desequilíbrio.

Para que essa determinação do contrato seja cumprida em casos de reequilíbrio por aumento de tarifa, seria necessário prever que, periodicamente, as partes apurariam

o valor devido a título de reequilíbrio e o valor da compensação até então realizada. Se necessário, as partes revisariam o valor incorporado à tarifa para pagamento do desequilíbrio, de modo a garantir que o concessionário seja devidamente compensado exatamente pelo valor que lhe é devido, nem mais, nem menos, considerado evidentemente o valor do dinheiro no tempo, conforme parâmetros previstos no plano de negócios.

Com a adoção de regras nesse sentido o pagamento pelo desequilíbrio deixaria de ser aleatório e cumpriria à risca o objetivo do sistema de reequilíbrio que é preservar as partes de riscos que elas não assumiram.

Para a adoção desse modelo, é preciso que o contrato preveja regras sobre isso originalmente, ou por meio de aditivo contratual. Se as regras sobre isso forem incluídas por meio de aditivo contratual, é preciso acordo entre as partes para validade dessas regras, pois, conforme artigo 58, §1º, da Lei 8.666/93, não é cabível alteração unilateral de aspectos econômicos e financeiros do contrato pela Administração Pública.

Note-se que já existem contratos que preveem mecanismos de ajuste para evitar a aleatoriedade do processo de reequilíbrio. Vejam, por exemplo, os contratos de concessão de rodovias federais a partir do da BR 116/324 e os contratos de concessão de aeroportos federais que preveem o fluxo de caixa marginal como mecanismo de reequilíbrio. Nesses contratos há um mecanismo chamado de “revisão do fluxo de caixa marginal” que, substancialmente, é um mecanismo de revisão que ajusta o valor da tarifa periodicamente (no máximo a cada 5 anos) para garantir que a compensação pelo desequilíbrio seja exatamente a prevista quando da decisão de reequilibrar o contrato. Seria viável adaptar esse mecanismo para ser empregado em outros contratos, particularmente, contratos que não são reequilibrados por fluxo de caixa marginal.