BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NAS CONCESSÕES

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO*

Se a consagração da incolumidade da equação econômico financeira — e, por tabela, a vedação da exigência pela Administração de que o contratado particular sofra prejuízos na execução do contrato — é remansosa para os contratos administrativos, tanto mais o é quando estamos diante de contratos de concessão[1].

1 Caio TÁCITO nos fornece um bom histórico do assunto: "O princípio do equilíbrio financeiro nas concessões de serviço público, embrionariamente contido nos modelos acima assinalados, não desapareceu, antes se consolidou, com o seu reconhecimento no plano constitucional. A Constituição de 1934 marca o critério da justa retribuição do capital como fator essencial a fim de permitir o atendimento normal das necessidades públicas de expansão e melhoramento dos serviços concedidos (art. 137). O comando reaparece aperfeiçoado na Constituição de 1937 que atribui à revisão das tarifas o papel de permitir que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa e adequada ao atendimento regular da prestação dos serviços (art.147). Distingue o texto constitucional a dupla função da tarifa: retribuir o capital investido e propiciar recursos para a expansão e melhoramento do serviço. Preceito equivalente se reproduz na Constituição de 1946 (art. 151) e alcança a plenitude na Constituição de 1967 e na reforma de 1969, que definem como finalidade das tarifas, ao lado da justa remuneração do capital e do financiamento, da expansão do serviço, a de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato (art. 160, na Constituição de 1937, art. 167 na Emenda Constitucional nº 1, de 1969). A Constituição atual, mais sóbria, conserva, como finalidade da lei, a preservação do caráter especial dos contratos de concessão e destaca como de sua essência, a par dos direitos dos usuários, a adoção de política tarifária compatível com a prestação de serviço adequado (art. 175)." (Cf. "*Concessão de Energia Elétrica — Tarifas — Equilíbrio Financeiro*", Revista de Direito Administrativo, nº 203, janeiro a março de 1996, páginas 407 e 408).

* Advogado. Doutor em Direito Público pela USP. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Como nos ensina a melhor doutrina[2], em palavras que fazemos nossas, "*constituída a relação jurídica,* tem o concessionário *não somente o direito à exclusividade no desempenho da atividade concedida como* o direito à plena cobertura ao custo *do serviço, nele* compreendida a justa remuneração do capital segundo as exigências *de operação,* manutenção e expansão, *que são as três faces de um serviço adequado. (...) A regra do* equilíbrio econômico-financeiro *nas concessões é princípio geral de direito administrativo que* tem como conteúdo a permanência de proporcionalidade entre as obrigações das partes."

Sem qualquer tipo de receio, podemos afirmar que a mantença da equação econômica é pressuposto mesmo do instituto da concessão. Afinal, se a concessão se apoia na perspectiva do poder público obter uma melhoria para a coletividade sem desembolsar recursos orçamentários, qualquer desequilíbrio havido nesta relação implicaria em que a Administração amealhasse bens, patrimônio, em detrimento do concessionário. Cabal restaria o enriquecimento desprovido de causa por parte da Administração contratante, o que não pode ser admitido[3].

De mais a mais, havendo o desequilíbrio, é natural, resta posta em risco a continuidade do negócio. Sabemos serem aplicáveis à concessão tanto o princípio da vedação de interrupção da prestação concedida (princípio da continuidade do serviço público, *v.*g., 39, Parágrafo único da Lei nº 8.987/95) como o princípio da adequação do serviço (v.g. art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95).

Ora, a não recomposição do equilíbrio contratual ensejaria ou o desatendimento indireto do princípio da ininterrupção da prestação (pois que não se pode obrigar permanentemente o particular a prosseguir em prestação cujos pressupostos econômicos restaram superados por fatores alheios à sua vontade) ou da violação do princípio da adequação do serviço (pois alterados os pressupostos econômicos da concessão, perecerão a qualidade, a atualidade, a segurança ou a atualidade da prestação).

Certo deve estar que a forma de desequilíbrio econômico em contratos de concessão pode se dar por uma gama muito maior de fatores do que ocorre com um contrato administrativo normal. Pode ele advir, entre outros fatores, da defasagem da tarifa cobrada, da imposição, direta ou indireta, de novos encargos para o concessionário, da alteração das condições de exploração do bem ou do serviço, ou de fatores externos que afetem as condições de realização do negócio, entendida aí a

2 TÁCITO, Caio, "*Equilíbrio Financeiro nas Concessões de Energia Elétrica*", BDA, Ano XII, nº 8, agosto de 1996, p. 489.

3 Eros Roberto GRAU, com a objetividade que lhe é peculiar, ensina: "Por isso que — e deixo este aspecto bem vincado — a regra em pauta efetivamente se reveste de caráter impositivo: porque o enriquecimento sem causa é (deve ser) vedado, por tal razão também devem ser alterados os contratos celebrados com a Administração a fim de que se restabeleça a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato. (*in* "*Princípio da Equivalência e o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos*", RDP, nº 96, outubro a dezembro de 1990, p. 64).

imbricação entre investimento, tempo de amortização, taxa de retorno, percentual de lucro, fluxo de caixa etc.[4]

O caráter de inegável colaboração que está envolvido numa parceria, em geral, e nas concessões em particular, torna ainda mais sensível a necessidade de equilíbrio. Afinal, é da sabedoria popular que, entre parceiros, não se pode admitir que um se beneficie do prejuízo do outro, que um se locuplete às custas daquele com quem firmou a parceria. Na formulação feliz de Henry LESGUILLONS, neste tipo de ajuste é preciso que "*cada parceiro faça inventário daquilo que é realmente fundamental na sua missão e assuma plenamente o seu papel, nada mais do que o seu papel, todo o seu papel.*"[5]

Em suma, "*sempre que por ato próprio do poder concedente a estrutura financeira da concessão for alterada, nasce, portanto, para o concessionário, a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção que levou ao ajuste. O equilíbrio financeiro é cláusula fundamental e inequivocamente deve ser respeitado por representar elemento determinante do contrato.*"[6]

Importa destacar, porém, que o equilíbrio econômico e financeiro no regime de concessão é algumas notas diferente daquele habitualmente verificado nos contratos administrativos para simples execução de obras e serviços.

Um primeiro aspecto desta diferença se refere ao fato de que, na concessão, o contratado tem obrigações de fazer investimentos (com recursos próprios ou de terceiros), expectando receber em contrapartida, não só o necessário para ressarcir, com lucro, o valor aplicado às obras (custo da melhoria), mas também o suficiente para remunerar o capital investido e cobrir o risco assumido.

Temos, então, um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois, enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio) etc.

Relevante também é o fato de que os contratos de concessão são de longo prazo e o equilíbrio da concessão é dinâmico. Isso implica que podem existir, conforme a concessão, períodos em que haja mais investimentos sem retorno, fluxo de caixa

4 Plínio A. BRANCO: "As relações que se estabelecem entre investimento, remuneração do capital, taxa de renovação e despesas de operação das instalações (compreendendo as de custeio dos serviços e as de conservação das instalações), determinam a equação econômica do contrato de Concessão" (Cf. "*Diretrizes Modernas para a Concessão de Serviços de Utilidades Públicas*", Publicação da PMSP, 1949, p. 227, *apud* RDP 37/38, janeiro a junho de 1976, p. 87).

5 Henry LESGUILLONS, *in* LESGUILLONS, H., Marcel SARMET e outros, "*Financement Privé D'Ouvrages Publics à L'Horizon 1993*", Forum Européen de la Communication, 1991, página 322, apud Arnold WALD, op. cit., p. 69.

6 GANDOLFO, Orlando Carlos, *in* "*Pedágio e Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato de Concessão*", RDP, 37/38, janeiro a junho de 1976, p. 87.

negativo etc. Daí que o equilíbrio nestes empreendimentos deverá sempre ser aferido em cada momento a partir de parâmetros específicos e diferençados.

Ademais, há que se considerar ainda a já aludida circunstância de que, na concessão, há um compartilhamento de riscos, existindo portanto alguns fatores cuja ocorrência não justificaria a postulação de reequilíbrio. Trata-se dos fatores que venham expressamente relacionados no contrato de concessão como riscos da concessionária ou como áleas negociais explicitamente assumidas pelo particular. Para além destas disposições, presume-se, serão riscos não compartilhados.

Por fim, tem-se que considerar que a retribuição do concessionário se dá pelo pagamento de tarifa pelos usuários. Portanto, os fatores de desequilíbrio podem se dar não apenas pelo lado da variação nos encargos, como também na modificação das receitas. Porém aqui, diversamente do que ocorre nos contratos de empreitada, há uma margem de variação que integra o risco do concessionário, Há, porém, uma outra parcela de situações em que o poder concedente poderá desequilibrar o pactuado não por agregar ônus, mas por impedir, artificialmente, a auferição de receitas.

Todas estas características específicas do equilíbrio nas concessões colocam em posição nuclear as propostas econômicas e financeiras que o concessionário tiver apresentado na licitação precedente ao contrato. É lá que deverão ser dadas as bases para, em cada oportunidade, no devir do contrato, verificar-se a existência ou não dos desequilíbrios. Será nas suas projeções de receitas, investimentos, desencaixes e de retorno estimado, que estarão postos os elementos de cotejo, os parâmetros necessários à constatação do equilíbrio a ser mantido.

A peculiaridade do equilíbrio econômico-financeiro em sede de concessões se torna ainda mais destacada quando verificamos que, nas hodiernas concessões, se tem adotado o modelo de financiamento por *project finance*. Tal estruturação é definida na doutrina como *"a captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos vêem o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender aos serviço de seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no projeto"*[7].

O conceito de estruturação de concessões por *project finance* foi introduzido no direito positivo mediante duas referências constantes da Lei federal nº 8.987/95. A primeira, constante do art. 20, que prevê a possibilidade dos editais determinarem que a concessionária constitua uma empresa de propósito específico para explorar a concessão. Afinal, para viabilização desta modelagem de financiamentos é imprescindível a segmentação de ativos da concessionária (apartando-os dos ativos de suas acionistas), para o que a criação de uma empresa específica coloca-se como medida de extrema conveniência.

A segunda, no art. 28, onde está prevista a possibilidade das concessionárias oferecerem os direitos decorrentes da concessão como garantia aos financiamentos que postulem. Como visto, nesta forma de financiamento, são os próprios direitos

7 Cf. John D. FINNERTY, *"Project Finance"*, Rio de Janeiro, Qualitymark Editora, 1998, p. 02.

emergentes do negócio financiado que respondem como garantias principais para o financiamento obtido.

Como na modalidade de *project finance* em tela as garantias do financiamento (um dos pilares que justificam o programa de concessões é a necessidade de alavancagem de inversões privadas para ampliação e melhoria da rede rodoviária estadual) são os ativos do projeto concessão, em especial as receitas auferidas pela concessionária, exsurge uma situação segundo a qual o equilíbrio econômico e financeiro da concessão passa a ser central para o próprio ente financiador. Inviabilizada a perspectiva de retorno estabelecida na gênese do Plano de Negócios, fica inviabilizada a própria financiabilidade do projeto (concessão).

Como outra vez nos lembra FINNERTY, *"um 'project finance' requer uma cuidadosa engenharia financeira para alocar os riscos e retornos entre as partes envolvidas, de forma que seja mutuamente aceitável."*[8]. Qualquer alteração nesta engenharia financeira (equilíbrio da concessão) trará empecilhos para a efetivação do projeto, prejudicando não só os empreendedores como o próprio poder concedente.

Decorre daí que o ordenamento jurídico, no caso das concessões, a par de assegurar e garantir o direito do concessionário ao reequilíbrio econômico e financeiro, introduz uma exigência de que a restauração deste seja concomitante ao evento desequilibrador. É o que vemos predicado no art. 9°, § 4° da Lei n° 8.987/95. Isso porque se apercebeu o legislador de que, nas complexas modelagens do contrato de concessão, mormente a partir da introdução dos referidos *project finance*, de nada servirá recompor o equilíbrio ao final do contrato, pois até lá poderá já estar inviabilizado todo o projeto.

Em suma, quando estamos diante de análise de pleito de reequilíbrio financeiro em sede de concessão, todos estes fatores deverão ser considerados. Certo é que não se poderá tomar esta análise como se se tratasse de um singelo contrato de empreitada (onde todos os riscos permanecem com o Estado) em que se garante mesmo o recebimento de uma certa paga, independente dos eventos que surjam ao longo da execução do ajuste.

No caso da concessão (não só, mas especialmente, na de serviços públicos) deverá ser considerado em especial o fato de que, neste regime, há um compartilhamento de riscos, sendo fato que o poder concedente não poderá assegurar a receita do particular, devendo, contudo, omitir-se de, direta ou indiretamente, concorrer para a minoração desta.

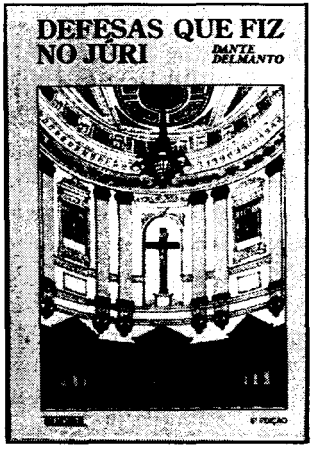
De outra banda, haverá elevações de custos que deverão ser compensados pelo Estado (por exemplo, aqueles advindos de imposições unilaterais suas – Fato da Administração – ou de outro ente público – Fato do Príncipe) e outras majorações que deverão ser assumidas exclusivamente pelo particular (por exemplo, elevação no número de indenizações por responsabilidade objetiva).

Embora seja, a nosso ver, impossível traçar um regime geral do reequilíbrio econômico e financeiro nas concessões de serviço público, certo é que, para nós, deverá ser à luz destas notas que deverão ser apreciados pleitos sobre este tema versantes.

8 John D. FINNERTY, "*Project Finance*", cit., p. 03.

Defesas que Fiz no Júri

Dante Delmanto

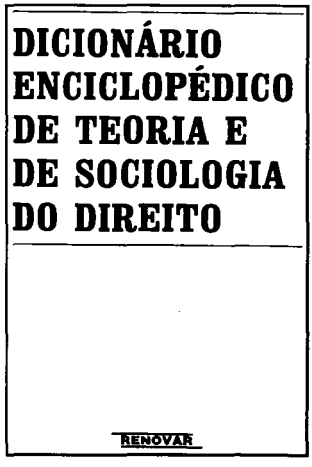


O autor é um dos maiores advogados criminais brasileiros. Quatro edições esgotadas transformaram este livro em fonte obrigatória de consulta. Ele expõe os processos que julgou mais interessantes e dedica esta obra aos estudantes de Direito e aos jovens colegas que sentirem pela advocacia criminal a mesma atração e entusiasmo que ainda hoje sentimos, na convicção de que esses pareceres e estudos lhes poderão ser úteis.

Ref. 0025 **Cartonado** **298 págs.**
Form. 16x23 **1997** **6ª ed.**

Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito

André-Jean Arnaud (coordenador)



Este é um dicionário sobre o direito e de como ele é entendido criticamente de diferentes ângulos do saber humano. A especificidade metodológica aparece como a mais promissora contribuição deste dicionário à teoria do direito e à sociologia do direito. O método empregado na sua organização, em vez de aprisionar a inteligência, constitui ele próprio um rico instrumento de liberação intelectual. Permite, assim, que o leitor conheça os fundamentos do direito, através de uma abordagem pluridisciplinar, voltada para uma compreensão crítica do fenômeno jurídico e comprometida com a mudança e o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

Ref. 0205 **Encadernado** **1.000 págs.**
Form. 18,5x28,5 **1999**