

EGON BOCKMANN MOREIRA

Coordenador

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS,
EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO
E A TAXA INTERNA DE RETORNO

A LÓGICA DAS CONCESSÕES E PARCERIAS
PÚBLICO-PRIVADAS

Belo Horizonte
 **EDITORA**
Fórum

2016

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flávio Henrique Unes Pereira
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alexandre Coutinho Pagliarini	Gustavo Justino de Oliveira
André Ramos Tavares	Inês Virgínia Prado Soares
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	Juarez Freitas
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Luciano Ferraz
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Lúcio Delfino
Clovis Beznos	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cristiana Fortini	Márcio Cammarosano
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Marcos Ehrhardt Jr.
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Egon Bockmann Moreira	Ney José de Freitas
Emerson Cabardo	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Fabrcio Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
	Sérgio Guerra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

C764

Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas / Egon Bockmann Moreira (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2016.
507 p.

ISBN: 978-85-450-0168-3

I. Direito Administrativo. 2. Contratos administrativos. 3. Licitações. 4. Parcerias público-privadas. I. Moreira, Egon Bockmann. II. Título.

2016-189

CDD 795.4152
CDU 658.715

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 507 p. ISBN 978-85-450-0168-3.

APRESENTAÇÃO	
EGON BOCKMANN MOREIRA	15

PRIMEIRA PARTE

A Lógica do Equilíbrio Econômico-Financeiro de Contratos Administrativos Complexos

REVISÃO TARIFÁRIA SUBSTITUTIVA DA MODELAGEM ECONÔMICA LICITADA

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO	25
I A consulta e seus pressupostos econômicos	25
II O conceito de marco regulatório: estabilidade na mudança	26
III Mecanismos de mudança do valor tarifário no direito brasileiro.....	29
IV As revisões tarifárias no marco regulatório ferroviário e a inexistência de divisão de ganhos de eficiência.....	31
V A verdadeira natureza da inovação tarifária proposta, que não é de uma revisão tarifária.....	35
VI Limites do <i>jus variandi</i> do Estado nos contratos de concessão e o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	38
VII Análise comparativa intersetorial.....	42
VIII Resposta aos quesitos	43

O PRAZO NAS CONCESSÕES E AS NORMAS QUE ESTIPULAM VIGÊNCIA MÁXIMA DO VÍNCULO: ALGUMAS INQUIETAÇÕES

BERNARDO STROBEL GUIMARÃES.....	47
1 O prazo como dimensão do equilíbrio econômico-financeiro.....	47
2 Inviabilidade de estabelecer prazo máximo para concessão comum em leis de alcance estadual ou municipal	49
3 A tutela dos direitos do concessionário e o prazo máximo do contrato: direito subjetivo à prorrogação e, sucessivamente, à suspensão das obrigações	53
4 Conclusão	59

DIREITO AO EQUILÍBRIO FINANCEIRO NA PRESTAÇÃO PRECÁRIA DO TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS

CARLOS ARI SUNDFELD	61
1 Consulta.....	61
2 Colocação do problema e ângulos de análise	62
3 A requisição administrativa de serviços é sempre onerosa para o requisitante.....	63

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LONGO PRAZO: A LÓGICA DE SEU EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

EGON BOCKMANN MOREIRA

1 A necessidade de se integrar o Direito Administrativo à Economia e às Finanças

Durante bastante tempo, o Direito Administrativo brasileiro esteve afastado de quaisquer preocupações econômicas. As eventuais consequências fáticas ao redor das decisões administrativas eram impertinentes, pois o Direito era visto como um sistema normativo fechado, composto do início ao fim só por normas e raciocínios jurídicos. Premissas econômicas para a compreensão de normas jurídicas e de sua aplicabilidade, nem pensar.

Assim, o Direito Administrativo não se preocupava com quaisquer raciocínios econômicos quando de sua aplicação. A economia e as finanças eram assuntos para economistas, financistas e contadores – mantidos do lado de fora do positivismo jurídico. Felizmente, hoje se sabe que tais questões precisam ser motivo de preocupações jurídicas. Afinal de contas, a economia trata da administração de recursos (escassos), em vista das necessidades humanas (ilimitadas). Demais disso, todos nós nos comportamos economicamente: ao sermos remunerados (ou não) para trabalhar; ao gastarmos o salário em um carro novo ou poupá-lo para a aposentadoria; ao jogarmos na loteria ou comprarmos um sorvete – atitudes que revelam escolhas (conscientes ou não) relativas à alocação de recursos escassos e à satisfação de necessidades.

Por outro lado, é certo que são escassos os recursos de que dispõe a Administração Pública (e cada vez maiores as demandas). Se o Estado pudesse fazer tudo e agradar a todos, ele provavelmente o faria, mas fato é que o mundo das receitas públicas ilimitadas não existe. A Administração precisa tomar decisões reciprocamente excludentes quanto à alocação de recursos: o dinheiro gasto em determinado projeto de interesse público simplesmente não pode ser gasto em qualquer outro. Mais: existem várias técnicas para se tentar descobrir o valor do dinheiro e dos investimentos públicos (é melhor

gastar mais hoje e preservar o meio ambiente para as futuras gerações, pois é mais eficiente ter projetos sustentáveis). A liberdade de escolha pública vem qualificada pelas respectivas responsabilidades socioeconômicas, presentes e futuras. Não há – e nem pode haver – escolhas irresponsáveis no setor público da economia.

Essa constatação assume papel decisivo nos contratos administrativos e respectivas decisões de política pública (construir uma ferrovia por meio de desembolso ou através de parceria público-privada?; contratar pessoal por concurso público ou terceirizar?; comprar remédios de uma só vez ou por registro de preços?). Assim e muito embora nem sempre nos conscientizemos disso, é fácil constatar que o relacionamento entre o Direito Administrativo e a economia é usual no nosso cotidiano. O que significa que as escolhas administrativas precisam levar a sério a economia e as finanças. Isso devido a três fatores da contemporaneidade – alguns já mencionados, mas que merecem destaque.

O *primeiro fator* decisivo é o aumento da demanda – e da oferta – de benefícios públicos. É cada vez maior o volume de bens e serviços: basta pensar no direito à saúde (medicamentos, cirurgias, fisioterapias); no direito à subsistência (bolsa-família, seguro-desemprego); no direito à moradia (financiamento doméstico imobiliário e mobiliário); no direito à educação (salas de aula com ar-condicionado e sistemas de informática e projeção de *slides*, programas de inserção social, bolsas de estudo) e no direito à tutela jurisdicional (volume crescente de demandas, das mais variadas espécies de direitos individuais – homogêneos ou não, coletivos e difusos, nas mais variadas instâncias). Isso sem se falar em transportes, energia, água, telecomunicações etc.

Quanto mais for ofertado, desproporcionalmente maior será a demanda – e muitíssimo maiores os custos. A oferta de benefícios sociais tende a ser crescente e sem volta: o dito princípio da proibição ao retrocesso impede que tais direitos, uma vez concedidos, sejam atenuados ou suprimidos. O que os Estados contemporâneos têm tentado fazer é a redefinição de responsabilidades: do Estado-Social ao Estado-Garantidor; da universalização à focalização das políticas sociais; do custeio mediante impostos arcados por todos ao pagamento com base nas tarifas pagas pelos usuários pelo efetivo uso do bem ou serviço.

O *segundo fator* é a escassez de recursos tributários. Os tributos são fonte primária de receitas públicas (vivemos num Estado Fiscal) – e se sabe que a carga brasileira é uma das maiores do mundo. Porém e muito embora subestimemos o dever fundamental de pagar tributos (um dos alicerces de qualquer Estado que se pretenda Social), nem sempre a receita tributária é apta a fazer frente às despesas (pensemos em municípios com pequena arrecadação). A efetividade fiscal exige melhoras significativas na arrecadação – tanto em seu polo ativo quanto no passivo.

Por outro lado, igualmente significativa é a “judicialização” do Direito Tributário (a aumentar os respectivos custos). A receita tributária é cada vez mais necessária, mas os litígios em torno dos direitos do contribuinte são bastante intensos, o que só faz aumentar a agressividade e o oportunismo arrecadatório (criminalização de condutas; planos de refinanciamento etc.).

O *terceiro fator* está em que, sobretudo depois da Lei de Responsabilidade Fiscal, as despesas e as receitas públicas precisam ser conhecidas e controláveis: não pode haver despesa sem a respectiva receita. Ou, por outras palavras, as despesas são objetivamente escassas e devem ser administradas de acordo com o plano orçamentário definido em

lei. Aqui nós temos um pouco de economia e bastante de finanças (a gestão de ativos financeiros: qual a utilidade que este ou aquele ativo possui e como se dá o respectivo gerenciamento).

Logo, podemos chegar à conclusão de que todo – ou quase todo – o Direito Administrativo envolve a relação entre a Administração Pública e a economia e as finanças (tanto ao interno da máquina administrativa quanto no que respeita ao seu relacionamento com os cidadãos). Neste universo jurídico-econômico, os contratos administrativos – em especial os de longo prazo – ocupam papel sobranceiro.

2 A economia e as finanças dos contratos administrativos: as várias racionalidades

Inicialmente, não será demais dizer que os contratos administrativos – em especial os de longo prazo – habitam o nosso cotidiano. Por exemplo, são eles que configuram a atual situação dos setores de energia; portos; rodovias; ferrovias; aeroportos; transportes urbanos; telecomunicações; água e saneamento; infraestrutura e serviços em secretarias de Estado, presídios, hospitais, centros de convenções; tecnologia de informação, processamento de dados e até de alguns dos novos estádios – ou “arenas” – de futebol. O Estado outorgou a prestação de tais bens e serviços a pessoas privadas, por meio de contratos administrativos de longo prazo.

Isso devido ao fato de que, especialmente depois da década de 1990, algumas das escolhas públicas passaram a projetar-se para o futuro. Uma vez que a economia se tornou legível (Plano Real, 1994), as receitas visíveis e as despesas controláveis (Lei de Responsabilidade Fiscal, 2001), o Estado brasileiro passou a poder fazer projetos para o futuro, garantidos por meio de contratos (desde a Lei Geral de Concessões, Lei nº 8.987/1995, até as Parcerias Públicas de Investimento – PPI, MP nº 727/2016). O que trouxe três vantagens: a obrigação da prestação por várias décadas; a fragmentação no tempo das despesas e respectiva diminuição de seu impacto fiscal e, por fim, o compartilhamento de custos em políticas de distribuição de renda (a definir quem pagará pelo bem ou serviço prestado – o usuário ou o contribuinte – e em qual proporção).

Enfim, existe uma série de bens e serviços públicos que se valem de técnicas contratuais de longo prazo para serem prestados no nosso dia a dia. Estamos a falar de concessões, permissões, autorizações e parcerias público-privadas (dentre outros negócios público-privados longevos). Como não poderia deixar de ser, tais contratos giram em torno do respectivo equilíbrio econômico-financeiro: sem que este exista, as obras não conseguem ser executadas, os serviços não podem ser prestados e nem os lucros auferidos.

Porém, este tema possui desafios que põem em xeque a racionalidade tradicional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Existe uma série de controvérsias, que podem ser enfrentadas por meio de duas simples perguntas.

A primeira delas é a seguinte: a racionalidade do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de longo prazo é a mesma da dos tradicionais contratos administrativos de desembolso? Isto é, podemos neles aplicar o célebre art. 65 da Lei nº 8.666/1993, a Lei Geral de Licitações (LGL)?

A segunda é decorrência da primeira: como se pode apurar e controlar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos de longo prazo?

Este breve artigo pretende realizar breve exame de cada uma delas.

3 A lógica do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos de longo prazo

Desde os primórdios do nosso Direito Administrativo, ouvimos a mesma sentença a definir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos: “a relação entre receitas e encargos deve ser preservada”. A imagem da balança é recorrente: de um lado, as receitas; do outro, os encargos. De um lado, a Administração Pública, a desembolsar verbas do orçamento público; do outro, o contratado, a fazer frente aos encargos e ser remunerado por isso. Existem dois momentos básicos na execução do pacto: a prestação feita pelo contratado (a obra ou o serviço) e a remuneração paga pelo contratante (com lastro em previsões orçamentárias). O preço a ser pago é rigidamente definido desde o edital, com excepcionais possibilidades de alteração (regidas pela imprevisibilidade subjetiva).

Ocorre que essa imagem da balança prova demais – e assim revela a sua mais absoluta inaplicabilidade a contratos administrativos de longo prazo (constatação que arrasta consigo a inaplicabilidade do artigo 65 da LGL). Para demonstrar tal conclusão, pensemos em que tipo contratual está por detrás dessa balança. Qual a sua racionalidade econômica e financeira? Qual o motivo de raciocinarmos de modo binário, com a metáfora da balança de dois pratos?

Ora, é fácil constatar que se trata de contratos bilaterais com reciprocidade de efeitos: Administração e particular; contratante e contratado; credor e devedor; retribuição e encargos. São sinalagmáticos e comutativos. Além disso, são de curto prazo e de desembolso, pois sua receita tem origem no orçamento público. O edital precisa prever exaustivamente o preço e as prestações – o que torna as partes aptas a conhecer os correspondentes fatos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis (afinal, “imprevisto” é conceito relacional: ele só existe em face do que pode ser “previsto”). Nestes contratos, só se pode pensar em juros para o caso de inadimplemento da Administração: caso ela cumpra em dia suas prestações, o capital não será acrescido da respectiva remuneração. O lucro do empreendedor advirá da tarefa executada e de sua *performance* empresarial do lado de dentro do contrato administrativo. É devido a tais peculiaridades – jurídicas e econômico-financeiras, frise-se – que nestes contratos existe uma só equação entre duas realidades estáticas: receitas (de um lado) e despesas (do outro), a gerar consistência à figura da balança.

Por isso que o artigo 65 da LGL trata de estabelecer fronteiras às alterações dos contratos por ela regidos – limitando tais “acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.” Aqui, é evidente que se deve saber de antemão, de modo certo e incontroverso, o “valor inicial” (o “preço” – ou a “receita/retribuições” de um dos lados da balança). Ele configura o desembolso previsto para aquele contrato. Uma vez que existem receitas e encargos predefinidos e estáticos, a informação contida no §1º do artigo 65 da LGL é perfeitamente lógica: basta que saibamos o valor do principal.

Note-se que esse dispositivo possui estreita correlação com o artigo 5º da LGL, cujo *caput* estabelece o dever de prefixação de todos os valores envolvidos no contrato, bem como as respectivas fontes diferenciadas de recursos, ao passo que seus §§1º e 2º

tratam da atualização monetária de tais verbas (tema insistentemente previsto na LGL: veja-se, por exemplo, o §7º do artigo 8º; o inciso III do §3º do art. 15; a alínea “c” do inciso XIV e o inc. I do §4º do artigo 40). A atualização monetária, como se sabe, presta-se a tornar presentes os preços definidos no passado, tornando o seu poder de compra adequado às exigências do momento em que o pagamento é realizado. Esta ordem de correção não altera os valores envolvidos, mas apenas os mantém atuais (inibindo os efeitos adversos da inflação). Quem corrige não remunera.

Porém, essa racionalidade simplesmente não se reproduz no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo. Isso por vários motivos – vou discorrer sobre apenas quatro deles.

Em primeiro lugar, existe uma razão jurídica em sentido estrito. Além de o artigo 65 consignar, literalmente, que só se aplica às alterações e respectivas consequências nos “contratos regidos por esta Lei” (logo, em nenhum outro mais), fato é que a Lei nº 8.666/1993 é norma geral em duplo sentido: em termos de incidência vertical (artigo 22, inciso XXVII, da Constituição: aplica-se à generalidade dos entes políticos) e de incidência horizontal (artigo 2º, §§1º e 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: sucessão de leis no tempo).

Desta forma e *v.g.*, a Lei nº 8.666/1993 é geral em termos nacionais e na sua relação com a Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões) e com a Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas). Estas duas, ao seu tempo, são também gerais em termos nacionais, porém são especiais em face da Lei nº 8.666/1993: não a revogam nem a modificam, mas instalam novas hipóteses normativas e outros tipos contratuais (especiais e autônomos em relação aos da Lei nº 8.666/1993). Por isso que o artigo 65 da Lei nº 8.666/1993 não incide nos contratos regulados pelas leis que disciplinam as concessões, as permissões e as parcerias público-privadas (e o mesmo se diga, *v.g.*, das autorizações disciplinadas na Lei nº 9.472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações, e na Lei nº 12.815/2013, a Lei Geral dos Portos).

Para comprovar a tese, basta que pensemos na hipótese reflexa: tentar a aplicação da Lei nº 8.987/1995 para as licitações e contratos da LGL. A toda evidência, as racionalidades fático-normativas são adversas e de exclusão recíproca. Aplicar a LGL aos diplomas que regem leis instituidoras de contratos administrativos especiais de longo prazo equivale a subsumir o Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil: ambos os diplomas tratam de contratos e têm incidência nacional, porém, o primeiro configura lei especial em relação ao segundo (excluindo sua aplicabilidade). Este motivo jurídico, consistente por si só, é confirmado por razões econômico-financeiras.

O *segundo motivo* para afastar a incidência do art. 65 da LGL está em que a fonte de receitas nos contratos de longo prazo e o valor por elas representado não têm a mesma lógica – nem o mesmo regime jurídico – das receitas e despesas da LGL. Nos contratos de concessões, permissões, autorizações e parcerias público-privadas, quem faz o aporte inicial é o contratado. A pessoa privada precisa captar recursos, em bancos ou diretamente com os acionistas, e financiar as obras inaugurais (que podem durar de alguns meses até vários anos). São contratos de investimento, que agregam ao valor estático a projeção da remuneração do capital e a avaliação da expectativa de retorno (bem como cálculos projetados para o futuro). Só depois de realizado o investimento nos bens públicos é que se poderá cobrar a tarifa dos usuários (e/ou a contraprestação do contratante público, no caso das parcerias). Cada tarifa significa ínfima parcela dos

aportes inicialmente feitos pelo contratado – e só a respectiva somatória no tempo poderá implicar a compreensão da receita do projeto concessionário.

Mais ainda: de usual, tais captações de recursos necessitam ser periodicamente renovadas, em momentos contratuais predefinidos (novas obras de ampliação, recuperação e manutenção, serviços etc.). Isso gera a sucessão de picos de receitas/retribuições e vales de investimentos/encargos. Em termos muito singelos, o que se dá é um projeto de investimento com fluxos de receitas e despesas: estas, oriundas da execução contratual e do serviço das dívidas; aquelas, derivadas da captação de recursos e do pagamento de tarifas. Os aportes de recursos privados não são objeto de resgate imediato (o lucro não é realizado em curto prazo), mas arcados pela receita tarifária paga ao longo de 10, 20 ou 35 anos. Por isso que, em termos económicos, tais contratos são classificados como “investimentos de longa maturação”: o investidor demora bastante tempo para realizar os ganhos.

Por isso que, para contratos como os de concessão, permissão e parceria público-privada, é adequado falar-se em Taxa Interna de Retorno (TIR); em Valor Presente Líquido (VPL) e em Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC). São projeções que se valem de técnicas financeiras e pretendem revelar ao investidor o valor do seu dinheiro – e respectiva remuneração – para o tempo futuro. Tais índices e valores instalam expectativas que necessitam de segurança jurídica reforçada e estabilidade firme da base objetiva do negócio (aquele conjunto de circunstâncias objetivas sem as quais o contrato não teria sido celebrado; conscientes ou não as partes). Aqui, é tornada objetiva compreensão do direito subjetivo público ao equilíbrio económico-financeiro: não faz sentido algum falar-se em “previsível” ou “imprevisível” para projeções objetivas que envolvem períodos largos, de mais de 10, 20 ou 30 anos.

Igualmente é importante sublinhar que a remuneração dessa ordem de contratos de longo prazo não decorre do orçamento público (a exceção está nas parcerias e em eventuais subsídios em concessões) e não é feita de uma única vez, mas advém do conjunto fragmentado de pagamentos individuais. Os contratos de longo prazo não são remunerados por um desembolso unitário, oriundo de previsão fechada no orçamento público (como se dá na LGL). Não se trata de pacto a gerar encargos e retribuições presentes e certos, mas sim de investimento a ser provavelmente remunerado no futuro pela taxa projetada no presente. São muitos aportes, várias obras e serviços, além das muitíssimas tarifas cobradas por décadas – a gerar as respectivas projeções económico-financeiras que tentam trazer a valor presente as futuras receitas e encargos.

Ao contrário da LGL – em que o “valor atualizado” é contratualmente definido no passado e assim trazido para o presente (aqui se fala em correção monetária e as siglas são IGP-M, ICP, TR e SELIC), nos contratos de longo prazo este “valor atualizado” é o valor contratual futuro, tornado presente por meio de cálculos de administração financeira (aqui se fala de Valor Presente Líquido, de Taxa Interna de Retorno, de Custo Médio Ponderado de Capital – e as siglas são VPL, TIR e CMPC). As concessões, permissões e parcerias preocupam-se muito mais com o futuro. Estamos em outro mundo económico-financeiro, com diferente perspectiva de tempo: o que esvazia de sentido qualquer cogitação a propósito dos 25% “do valor atualizado” do contrato.

Em terceiro lugar, sublinhe-se que o valor da receita contratual não é composto por uma só tarifa, uniforme no tempo e no espaço. Ainda que se pretendesse correlacionar as unidades de receitas tarifárias – ou mesmo o seu valor total – ao conceito de “valor

do contrato” (o que, em ambos os casos, seria errado), isso não geraria resultado equivalente ao pretendido pela LGL. A constatação decorre do fato de que, em todo projeto concessionário de longo prazo, é necessário calcular o nível de receita tarifária, a ser recebido de acordo com a respectiva estrutura das várias tarifas.

Explico-me melhor: nível de receita é o volume de dinheiro necessário ao empreendimento. Numa síntese imperfeita, são os custos totais do projeto concessionário – trazidos a valor presente por meio de metodologias de administração financeira. São arroladas todas as importâncias monetárias, durante a integralidade do prazo contratual: obras, serviços, pessoal, administrativos etc. Uma vez fixados valores e datas, faz-se o cálculo financeiro para trazê-los a valor presente. A premissa básica está em que um dólar hoje vale mais do que um dólar amanhã: o de hoje pode ser aplicado e render juros – e valer, amanhã, a respectiva unidade mais sua remuneração. Daí por que o custo financeiro de uma obra ou serviço a ser prestado daqui a 15 anos não é igual ao seu custo atual (atenção: não se está a tratar de inflação e correção monetária, que só estabilizam o poder de compra da moeda). Daí também o fato de que é ínsito, conatural a tais contratos, a convivência com a remuneração financeira dos valores investidos (os juros estão do lado de dentro do pacto).

Já a estrutura tarifária significa o conjunto dos diferentes preços a serem pagos pelos usuários. Isto é, o nível de receita será dividido entre os diversos usuários, numa perspectiva de promoção da igualdade material, de socialização e distribuição de renda (é o que se espera). Sabe-se, portanto, que nem todos os usuários pagarão a mesma tarifa. Sempre há diferenças: faixas etárias (p. ex., idosos e menores não pagam); distâncias (quem usa mais, paga mais – como se dá no transporte rodoviário interestadual e no transporte aeroviário); categorias de usuários (estudantes, portadores de necessidades especiais); dias da semana (feriados e fins de semana); categorias de trabalhadores (p. ex., carteiros, bombeiros e policiais militares). Tudo a depender da criatividade daquele que elabora o edital e faz os cálculos de demanda e rentabilidade (afinal, num país imaginário composto majoritariamente por idosos, não há motivo para que estes tenham tarifa diferenciada – a não ser que se queira onerar excessivamente os demais). Aqui, a universalização e a focalização são marcantes para a política pública que se pretende implementar.

Em vista dessa variedade, como se cogitar da definição da receita tarifária, de sua representatividade contratual e do responsável pelo seu adimplemento? Como se chegar ao percentual de 25% “do valor atualizado do contrato”? Em termos de nível tarifário, a tarefa é simples, mas não apresenta solução – dizer que 25% de 1 bilhão é 250 milhões não resolve coisa alguma. Para a concretização do percentual, o problema reside na estrutura, não no nível tarifário: sua solução está na fonte dessa receita. Quem arcará com os tais 25%? Quais usuários desembolsarão os 250 milhões? Afinal, 25% de nada é nada – e se alguém usa mas não paga, outro alguém vai pagar por ele (não existe almoço de graça). O que importa dizer que 25% do valor total (do nível tarifário) pode ser muito mais do que 25% nas tarifas pagas por cada um dos usuários. A depender da estruturação, 25% do valor total do contrato significará 100% a mais na tarifa do usuário-padrão. Também por este motivo, o art. 65 da Lei nº 8.666/1993 só traz confusão.

Em quarto lugar, existe uma pergunta interessante: nos contratos de longo prazo, o equilíbrio econômico-financeiro deve se destinar a beneficiar quem? Nos contratos de

desembolso, a balança procura preservar o equilíbrio entre encargos e retribuição. Ou, do outro lado do espelho, entre as despesas da Administração e as receitas do contratado. Quem “ganha” ou “perde” com o desequilíbrio é sempre um dos dois signatários. Porém, nos contratos de longo prazo essa subjetividade não é exata: não se dirige ao poder concedente nem ao concessionário, mas sim à adequada execução das obras e prestação do serviço contratado. Destina-se à preservação do projeto concessionário, tal como estampado no seu regime estatutário e contratual.

Nestes tipos contratuais, a figura da balança é inadequada, pois existe um negócio firmado entre concedente e concessionário que se destina à eficiência de outros contratos, fragmentados e espalhados no tempo, celebrados com todos e com cada um dos usuários (isso sem se falar nos contratos de empréstimos financeiros, de empreitada de obra, de pessoal, de tecnologia de informação etc. etc.). Nós não estamos analisando uma relação jurídica bilateral desenvolvida no tempo presente, mas sim estamos diante de um negócio bilateral (Administração-particular), que dá origem a todo um universo de relações multipolares, presentes e futuras. Assim, se balança houver, ela tem muitos pratos, de diferentes tamanhos e perspectivas, muitos deles presentes e outros tantos futuros.

Em suma, não se está diante de uma relação de igualdade – qualitativa e quantitativa – entre receitas e despesas arcadas por apenas dois sujeitos, mas sim defronte de amplo conjunto de atos, fatos e sujeitos que, projetados para um longo período, deram nascimento ao contrato administrativo de longo prazo. O que existe é um conjunto objetivo de circunstâncias, aquilo que se pode chamar de *base objetiva* do negócio.

Afinal, não é devido a um acaso que o art. 10 da Lei nº 8.987/1995 – a Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos – tem a seguinte redação: “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro. E a avaliação das “condições do contrato” nada tem a ver com o “valor atualizado do contrato” – nem com a Lei nº 8.666/1993 –, mas sim com a sua base objetiva (o conjunto de circunstâncias fáticas que, consciente ou inconscientemente, foram levadas em consideração no contrato).

E, a não ser que se esteja diante de profetas ou astrólogos (cargos ainda não criados na Administração brasileira), não existe algo que possa ser chamado de “previsibilidade” em contratos com 35 anos de duração – os quais são naturalmente incompletos. O binômio previsto/imprevisto traz consigo uma carga extraordinária de subjetividade (ausente no mundo dos fatos). O que existe é um conjunto de circunstâncias objetivas – que constituem a base objetiva do negócio, a ser objetivamente examinada no curso da execução contratual.

Feitas estas considerações, podemos esboçar a resposta à segunda pergunta consignada na abertura deste texto: na medida em que não se aplica o artigo 65 da LGL, como se pode pensar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos de longo prazo?

4 O efetivo equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos de longo prazo

Existem duas formas básicas de disciplina e controle do equilíbrio dos contratos de longo prazo: aquela baseada em custos e a fundada em preços (cada qual com suas

vantagens e desvantagens). Muito embora não sejam as únicas, ambas são estudadas há décadas na doutrina estrangeira – sobretudo em termos de regulação econômica e administração financeira. O curto espaço deste artigo apenas permite a rápida explicação de cada uma delas.

Em apertada síntese, no primeiro caso – o controle por custos – o que se dá é a predefinição de uma taxa sobre os ativos e, a partir dela, são autorizados ganhos destinados a cobrir o custo de exploração do serviço e a remuneração do capital investido. Essa técnica foi especialmente desenvolvida nos EUA, mas não para contratos administrativos (essa categoria e respectiva racionalidade lá não existem), mas sim para a regulação de setores econômicos privados de interesse público – e, assim, sob a responsabilidade de agências reguladoras. De usual, é representada pela sigla inglesa *ROR* – *Rate of Return* (“taxa de retorno”).

O que esta técnica pretende é estabelecer a relação estável entre o custo de investimento e o retorno projetado ao investidor – o que pode causar alguns problemas. Afinal, este modelo estimula o investidor a aumentar os seus ativos: ele sabe que, se aumentar os custos, muito provavelmente aumentará os lucros – pois terá o seu preço definido para cima (a maior). A taxa de retorno fixa aplicada sobre uma base de capital maior tende a gerar resultados mais apetitosos. Logo, o empresário não tem qualquer incentivo para ser eficiente e diminuir custos – mas sim para se “supercapitalizar” – e quem pagará a conta da ineficiência serão os usuários.

Já o segundo caso, o controle baseado em preços, exige outra visão técnica: o seu foco primário não é o investimento, mas sim a eficiência. Ele tem origem, sobretudo, nas privatizações britânicas da década de 1980. Este tipo de controle incide por meio de tetos-tarifários ou preço-teto (*price caps*), estabelecidos desde o início e de pleno conhecimento das partes. O ato regulatório – ou o contrato – estabelece previamente metas e níveis de qualidade na prestação do serviço, mas controla apenas o preço a ser cobrado do usuário.

Como isso se dá? Em primeiro lugar, é fixada a tarifa-teto (ou preço-teto). Depois, se estabelece como controlará esse teto – dentre as formas para essa tarefa, duas merecem ser destacadas: ou se controla por comparação direta com outros prestadores do mesmo serviço (o controlador faz o exame de todos os operadores e estabelece um parâmetro de eficiência; uma medida-padrão de controle de preços), ou por meio de critério denominado de “IPC-X” (corrige-se a tarifa por meio do Índice de Preços ao Consumidor – IPC, mas dela se abate o “Fator X” – que é calculado por meio de fórmula previamente fixada no ato regulatório ou no contrato). Em ambos os casos, o preço-teto é controlado com base na eficiência dos outros (muitas vezes, os concorrentes no mesmo setor). Logo, se um concessionário for menos eficiente, o seu investimento terá perdas de rentabilidade proporcionais à sua ineficiência.

Aliás, o método do IPC-X demonstra a inaplicabilidade do critério do artigo 65 da LGL a este tipo de contratos. Aqui o valor da tarifa é atualizado monetariamente (“IPC”) e, assim, tornado estável. Porém, desse valor estável são subtraídos os ganhos de eficiência (“Fator X”). Como a atualização monetária não significa acréscimos, mas sim a uniformidade do poder de compra da moeda, o resultado está em que o preço – ou a tarifa – diminui periodicamente, em termos reais, ao longo do prazo contratual (IPC-X). Ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro está a conviver com o decréscimo, sistemático e em termos reais, do valor a ser cobrado do usuário: a receita,

a remuneração, só diminui (ou fica estável, caso o Fator X seja igual a zero). Diminuição esta definida caso a caso, percentual a percentual, de acordo com a base objetiva do negócio, tal como definido na legislação e no contrato, e derivado da respectiva alteração das circunstâncias (o Fator X – ou outro critério prefixado).

5 Considerações finais

Faço votos de que eu tenha cumprido a minha promessa inicial: a de demonstrar a alta complexidade da questão relativa ao equilíbrio econômico-financeiro em contratos de longo prazo. Tarefa que não é resolvida só pelo Direito, mas antes pela economia e pelas finanças (e talvez, ao contrário dos contratos da Lei nº 8.666/1993, o problema seja mais financeiro do que econômico: diga respeito antes às finanças do que à economia do contrato).

Porém, se eu pudesse traçar uma conclusão – ou uma consideração final –, ela seria a seguinte: o importante está em que tomemos consciência de que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos de longo prazo tem racionalidade absolutamente distinta daquela dos contratos de desembolso com prazo curto. Racionalidade essa que exige a predefinição, desde o edital, da metodologia de apuração e controle desse equilíbrio. Mais do que isso: que tal metodologia seja respeitada durante todo o prazo contratual. Aqui talvez esteja o mais importante papel do Direito, que é o principal em sede de negócios: o de fazer valer a segurança jurídica dos contratos públicos de longo prazo.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 79-88. ISBN 978-85-450-0168-3.
