

A utilização de medida cautelar para recompor o equilíbrio econômico-financeiro no âmbito dos contratos de concessão

Sumário: 1. Introdução; 2. As dificuldades para concretização do reequilíbrio econômico-financeiro; 3. A aplicação de medidas cautelares para mitigação dos impactos dos desequilíbrios complexos e a Resolução SPI nº 19/2023; 4. Conclusões.

1. Introdução

Diante de um ambiente regulatório e institucional, no âmbito dos contratos de concessão e parcerias público privadas, em que a pormenorização da repartição de riscos entre as partes se faz cada vez mais presente, discutimos nesse artigo as dificuldades práticas para que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ocorra no âmbito administrativo de forma célere, e até mesmo concomitante à ocorrência de um evento que represente desequilíbrio contratual.

Com efeito, uma das marcas dos contratos de concessão nacionais firmados no aprofundamento das desestatizações na segunda metade da década de 1990 foi a ausência de uma detalhada repartição de riscos.

Ocorre que tal entendimento conduzia a um encarecimento do projeto em razão da precificação de todos os seus riscos nas propostas apresentadas no processo licitatório, indo de encontro a princípios basilares das concessões de serviço público, como a eficiência e a modicidade tarifária.

Tal linha interpretativa, ademais, ainda ignorava que o próprio art. 65, II, “d”, da Lei federal nº 8.666/1993, legitima a alocação contratual de riscos, mesmo os tradicionalmente arrolados como “álea econômica extraordinária”, já que a delimitação legal dos riscos à Administração contratante é aplicável exclusivamente nas hipóteses em que não existir disciplina em sentido contrário no próprio contrato, configurando, como consequência, uma “álea econômica extracontratual”.

A resistência, talvez derivada de uma interpretação literal da conceituação, trazida pelo art. 2º, II, da Lei federal nº 8.987/1995, de que as concessões de serviço público são exploradas pelas concessionárias “por sua conta e risco”, levava à compreensão de que não haveria

qualquer espaço legal para uma alocação contratual dos riscos envolvidos na prestação de um serviço sob concessão.

Não obstante tal resistência inicial, a evolução da compreensão doutrinária a respeito do tema conduziu à disseminação do entendimento de que inexiste, de fato, qualquer vedação legal a que se estabeleça, por força contratual, a alocação adequada dos riscos envolvidos em uma específica prestação de serviços públicos. Em outras palavras, a previsão do art. 2º, II da Lei federal nº 8.987/95, segundo o qual a concessionária deve explorar o serviço público por sua conta e risco, não significa que todos os riscos da concessão devam ficar a seu cargo.

No atual cenário, esse entendimento parece consolidado, dado que os contratos de concessão mais recentes trazem extensa divisão de riscos, sem qualquer questionamento, de que se tenha notícia, por parte de órgãos de controle, com relação a esta liberdade na alocação contratual de riscos de acordo com o que se tenha por mais eficiente para o atingimento do interesse público.

Pouca atenção se dá, contudo, aos desafios que emergem de uma detalhada repartição de riscos. Logicamente, com a maior assunção de riscos pela administração pública, maior a chance de materialização de eventos gravosos cujos riscos não foram assumidos pelas concessionárias e, portanto, a necessidade de reequilíbrio em prol das concessionárias se fará cada vez mais presente, medida que nunca se revela politicamente fácil.

Ademais, ainda que haja predisposição política, existem inúmeras dificuldades práticas intrínsecas à própria mensuração do desequilíbrio contratual que dificultam que a recomposição se faça rapidamente.

Neste artigo, detalhamos no primeiro tópico tais dificuldades, para em seguida apresentar uma solução para a questão no segundo tópico.

Como proposta, sustentamos a possibilidade de que o poder concedente efetive uma recomposição cautelar do equilíbrio econômico-financeiro, a qual, ainda que não seja suficiente para um equacionamento definitivo do desequilíbrio contratual, se mostra bastante eficaz para a mitigação dos impactos econômico-financeiros do evento gravoso, com benefícios a ambas as partes do contrato. Ademais, expomos as condições recomendadas para que a medida ocorra, especialmente à luz da normativa editada pelo Estado de São Paulo sobre a matéria.

2. As dificuldades para concretização do reequilíbrio econômico-financeiro

O acompanhamento regulatório a contento de um contrato de concessão demanda que o ajuste permaneça continuamente equilibrado do ponto de vista econômico-financeiro.

Com efeito, o desbalanceamento prolongado do contrato pode trazer diversas consequências desvantajosas às partes contratantes, tanto internas ao projeto, quanto externas. Para o poder público especificamente, a persistência, ao longo do tempo, de saldos expressivos a serem recompostos à concessionária, sem equacionamento contemporâneo ao impacto do evento, traz gastos adicionais ao erário público – especialmente nas situações em que, em tese, o Estado poderia se financiar para quitação do saldo regulatório em taxas menores do que aquelas utilizadas para capitalizar o valor do desequilíbrio contratual.

Outrossim, ainda que um reequilíbrio contratual, mesmo extemporâneo, seja suficiente, por sua própria natureza, para recompor o equilíbrio de um contrato de concessão sob uma perspectiva puramente econômica, do ponto de vista financeiro a persistência de débitos contratuais pode onerar o caixa da concessionária e, no limite, levar à própria insolvência do projeto, ainda que por ausência de culpa da concessionária.

Com isso não se quer dizer que a ausência de recomposição imediata e concomitante do desequilíbrio econômico-financeiro seja ato propriamente ilegal.

Apesar da Lei federal nº 8.987/1995, no seu art. 9º, §4º, prever que, “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”, a leitura do dispositivo não deve, como já sustentado por um dos autores¹, ensejar a interpretação de que todo reconhecimento de desequilíbrio contratual deva ter como pressuposto a aplicação de uma medida de reequilíbrio do contrato concomitante ao momento de materialização do evento de desequilíbrio. E isso pelo simples fato de que, na grande maioria das vezes, o reconhecimento do desequilíbrio vai tratar de fatos pretéritos, ou seja, fatos jurídicos que, subsumidos à matriz de riscos contratual, são considerados como um evento de desequilíbrio do contrato.

Contudo, mesmo não representando, em si, uma violação ao ordenamento jurídico, a postergação do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos desequilibrados é sempre indesejável, diante das implicações tanto para o interesse público quanto para as concessionárias. De todo modo, esta morosidade no reconhecimento de um evento de desequilíbrio contratual, e na definição e implementação das medidas eleitas para seu equacionamento, pode não decorrer, necessariamente, de um comportamento desidioso do agente público, mas de diversas dificuldades práticas inerentes à complexidade da matéria

¹ PELLEGRINI, Guilherme Martins; PETARLI, Glenderson Blaser. ‘O uso de contas vinculadas em contratos de concessão: estruturação, finalidade e fundamentos jurídicos’, in **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, jul/dez 2022, pp. 178-203.

envolvida, as quais inevitavelmente inviabilizam que um contrato de concessão esteja constantemente atualizado sob o prisma econômico-financeiro.

Primeiramente, nota-se que o procedimento de reequilíbrio pode ser separado em dois atos administrativos próprios, muitas vezes praticados por atores distintos, cada qual com suas particularidades e rito de implementação, sendo inviável que os dois atos sejam completados no mesmo momento.

Referimo-nos à criação e ao aparelhamento de agências reguladoras próprias, medida que contribui para a regulação independente e técnica, mas que costuma segregar o procedimento de restabelecimento do equilíbrio contratual em duas etapas: o reconhecimento do desequilíbrio contratual e a promoção do reequilíbrio. Na primeira etapa é avaliado se efetivamente foi verificado um evento de desequilíbrio, isto é, se houve a materialização de um risco cujas consequências são arcadas pela parte à qual o risco não foi alocado, matéria esta que, por sua natureza exclusivamente técnica e regulatória, relacionada à aferição das provas apresentadas e aplicação do contrato vigente, costuma ser de competência das agências reguladoras.

De outro lado, na etapa subsequente é escolhido o mecanismo que será utilizado para o reequilíbrio contratual – etapa que, por estar inevitavelmente atrelada a opções políticas, em geral acaba tendo a participação da administração direta, através da secretaria responsável pela tutela da matéria.

Essa separação, por si só, pode prolongar o interstício entre os atos de reconhecimento do desequilíbrio e de implementação do reequilíbrio.

Também se destaca que o reequilíbrio econômico-financeiro, especialmente quando implementado através de instrumentos com impacto direto na população, costuma levar em consideração a situação regulatória do contrato como um todo, ao invés de um evento isolado. Por consequência, e levando-se em conta que diferentes eventos de desequilíbrio são decididos em momentos distintos, a dificuldade em recompor o contrato a cada vez que um desequilíbrio for reconhecido é enorme.

Ademais, é natural que surjam eventos de desequilíbrio favoráveis e contrários a cada uma das partes do contrato, de modo que – para conferir segurança e respeitar os direitos de cada uma das partes – é conveniente que os diferentes desequilíbrios sejam consolidados e compensados em um cálculo próprio antes da promoção do reequilíbrio contratual. Afinal, parece não fazer sentido, por exemplo, prorrogar um contrato de concessão por 6 (seis) meses para que logo em seguida seja reduzido no mesmo patamar. Ou mesmo submeter tarifas de pedágio a recorrentes elevações e reduções, a cada oportunidade em que se reconheça a

materialização de um evento de desequilíbrio em favor de uma das partes. Ao invés, convém que as alterações contratuais resultem em modificações dos termos pactuados que tragam consigo razoável previsibilidade. Isto é, além da evidente necessidade de se conferir eficiência ao processo, dada a complexidade destes procedimentos e a escassez de recursos, é necessário conferir segurança à relação contratual, inclusive para agentes externos (como financiadores) evitando-se constantes alterações contratuais que não representem, no momento em que celebradas, a consolidação do estado vigente do contrato.

Há outras características atreladas à mensuração do desequilíbrio econômico-financeiro que também dificultam que o reequilíbrio se faça de forma sempre próxima à ocorrência do evento materializador de desequilíbrio.

A principal diz respeito a uma premissa fundamental do reequilíbrio econômico-financeiro: a recomposição deve ser feita na exata medida do desequilíbrio verificado – é dizer, no jargão da matéria, após sua implementação, a parte em prol do qual o reequilíbrio é efetuado deve estar em posição nem melhor nem pior da que estaria caso o evento jamais tivesse ocorrido.

Consequentemente, a concretização de tal premissa, em definitivo, demanda que primeiro se tenha completado o cálculo do desequilíbrio para que posteriormente se implemente o reequilíbrio, a fim de assegurar que este não fique em patamar inferior ou superior ao efetivamente devido.

Nesse ponto, ainda que decorrente de fato que inegavelmente tenha desbalanceado o equilíbrio contratual e representado uma materialização de risco contratual alocado à outra parte, o desequilíbrio pode demandar uma apuração complexa para sua quantificação.

Pode-se mencionar, como exemplo, o recente impacto da pandemia de COVID-19 nos contratos de concessão. Ainda que haja reconhecimento do evento de desequilíbrio ocorrido, sua mensuração passa pelo equacionamento de questões de difícil solução: qual teria sido a demanda verificada na concessão caso a pandemia não tivesse ocorrido? É possível dizer que toda a queda de demanda no período derivou da pandemia? Qual o momento em que os efeitos da pandemia e/ou do desequilíbrio iniciam-se e encerram-se? O contrato traz mecanismo próprio de compartilhamento do risco de demanda pra lidar com a matéria, prevalecendo sobre um reequilíbrio fundamentado em situação de caso fortuito ou força maior? A pandemia também trouxe economia de custos à concessionária, que deve ser considerada na apuração?

As respostas para tais questões não são autoevidentes, necessitando, assim, de apuração detida através de processo administrativo próprio. Note-se também que parte da

resposta demanda uma análise contrafactual, sendo resultado de análises estatísticas, ante a inexistência do dado para aferição na realidade – o que torna a análise ainda mais complexa.

Cabe observar, ademais, que é raro que o reequilíbrio possa fazer com que a parte fique em uma posição fática completamente idêntica àquela em que estaria caso o evento não tivesse ocorrido. Tal conclusão deriva do simples fato de que não se pode retornar ao passado, desfazendo um evento de desequilíbrio, mas sim compensá-lo econômica e financeiramente. Não se pode fazer com que a pandemia de COVID-19 jamais tenha ocorrido, mas apenas compensar (com indenização, aumento tarifário, prorrogação de prazo etc.) os seus efeitos.

Ainda se acrescenta que existem eventos de desequilíbrio que possuem efeitos limitados no tempo; contudo, outros contam com efeitos prolongados e que acabam se estendendo por anos ou até mesmo por toda a vigência contratual. Consequentemente, somente será possível verificar o real impacto da totalidade do evento no momento em que este cessar.

Isso leva à seguinte problemática: de um lado, é preferível que o restabelecimento do evento se faça sempre em momento o mais próximo possível do de sua materialização. De outro, dado que o reequilíbrio não deve ser nem inferior nem superior ao montante efetivamente devido, deve-se esperar que o evento cesse para que a apuração seja precisa.

Por fim, ainda se menciona que outros fatores comumente vivenciados na administração pública – como restrições orçamentárias das agências e órgãos responsáveis pelo acompanhamento contratual, ou déficit do quadro de pessoal – também podem ocasionar o atraso da mensuração do desequilíbrio e do acompanhamento contratual.

Diante de tal desafio, não é incomum que a efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro demore para ser implementada. Nesse panorama, como uma forma de endereçar este problema sem sacrificar nem a busca da contemporaneidade do reequilíbrio contratual, nem a premissa de busca da maior precisão possível na mensuração tanto do desequilíbrio quanto do mecanismo de reequilíbrio contratual, defendemos que este possa ser feito pela administração pública de modo cautelar (ou provisório), delineando abaixo as condições ideais para que isso ocorra.

3. A aplicação de medidas cautelares para a mitigação dos impactos dos desequilíbrios complexos e a Resolução SPI nº 19/2023, do Estado de São Paulo

À luz do exposto acima, observa-se que, especialmente nos casos de desequilíbrios econômico-financeiros complexos, a sua apuração pode se protrair no tempo, gerando ineficiências e diversas consequências negativas para todos os interessados.

Independentemente das razões que conduzem a este atraso no equacionamento do desequilíbrio contratual, muitas das quais, conforme mencionado, inevitáveis e perfeitamente legítimas, esta demora tem como consequência a majoração do ônus a ser suportado pelo erário, ou pelos usuários, com as futuras medidas voltadas à compensação, diante da necessidade de rentabilizar no tempo, pela taxa de retorno aplicável, o montante do desequilíbrio contratual, assim como, a depender da magnitude dos desequilíbrios acumulados, comprometer a própria saúde financeira da concessão.

Uma possível solução para endereçar essas dificuldades e reduzir o custo temporal dos processos de reequilíbrio se dá por meio da aplicação de medidas cautelares ou provisórias para mitigar o impacto dos desequilíbrios contratuais, que são capazes de atenuar os efeitos econômico-financeiros do evento de desequilíbrio ao longo do período da dilação temporal necessária para que o órgão regulador apure o impacto definitivo a ser reequilibrado.

A adoção de soluções dessa natureza se justifica à luz dos princípios da: (i) eficiência e economicidade, sob a perspectiva da preservação do erário; e (ii) continuidade do serviço público, sob a perspectiva da preservação da capacidade econômico-financeira das concessionárias.

Adicionalmente, tais medidas dão concretude ao dever estatal de recompor o equilíbrio contratual “concomitantemente à alteração” que o tenha impactado, previsto no artigo 9º, §4º, da Lei federal nº 8.987/1995², dever esse que, ainda que direcionado especificamente às hipóteses de alteração unilateral de contratos, e que encontre dificuldades práticas que impeçam a sua plena satisfação nos casos de desequilíbrios complexos que se protraíam no tempo ou em relação aos quais se dependa de dados não existentes no momento da apuração, deve representar um objetivo a ser buscado na maior medida possível, como se colocou anteriormente.

Assim, se for verificada a presença incontroversa do evento de desequilíbrio, mas não se mostrar possível, em curto prazo, o dimensionamento da integralidade dos prejuízos suportados pela concessionária, inclusive considerando a dinâmica evolutiva dos efeitos causados pelo evento de desequilíbrio, mostra-se juridicamente viável, e mesmo recomendável,

² Apesar de o dispositivo mencionado da Lei de Concessões se referir, especificamente, aos desequilíbrios decorrentes de alterações unilaterais do contrato pelo poder concedente, entendemos que, à luz de uma interpretação sistemática do microsistema das concessões, a sua diretriz deve ser aplicada a qualquer evento de risco estatal que venha a impactar o fluxo de caixa do concessionário, pois é a que melhor se presta a preservar a matriz de riscos que alicerça todo contrato de concessão.

que o poder concedente empregue medidas cautelares de reequilíbrio, através dos mecanismos legal e contratualmente disponíveis, com o intuito de minorar os desajustes econômico-financeiros notados.

Apesar de o tema ainda ter sido pouco trabalhado na doutrina, o instrumento em tela já contou com algumas aplicações relevantes no âmbito do Programa de Parcerias do Estado de São Paulo, sendo objeto de relevantes pronunciamentos por parte da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo³.

Em nosso ver, são cinco as principais condicionantes que devem ser observadas caso se opte por conceder um reequilíbrio provisório no âmbito dos contratos administrativos: (i) deve ser reconhecido, por ambas as partes, que o dimensionamento do reequilíbrio reflete apenas uma estimativa do desequilíbrio econômico-financeiro, obtida a partir dos melhores dados disponíveis no momento; (ii) o montante e a extensão do reequilíbrio devem ser revistos posteriormente, quando mensurado em definitivo o desequilíbrio econômico-financeiro; (iii) há necessidade de reconhecimento formal quanto à caracterização do evento, ou ao menos alto grau de probabilidade de que tenha efetivamente ocorrido; (iv) pode-se fazer uso de quaisquer modalidades de reequilíbrio contratuais cabíveis, que estariam à disposição em um reequilíbrio ordinário; (v) sua concessão deve ser considerada, como regra, uma faculdade do poder concedente, sendo obrigatória apenas em casos previamente especificados em contrato ou normativa própria.

A primeira característica é intrínseca ao momento em que o reequilíbrio é concedido: na ausência de uma mensuração precisa e definitiva do desequilíbrio, faz-se necessária a utilização das melhores estimativas possíveis quanto ao seu montante, informação que pode ser fornecida por uma das partes contratuais ou pela agência reguladora responsável pelo acompanhamento contratual.

A segunda característica é uma consequência natural da primeira. Dado que o reequilíbrio provisório é baseado apenas em estimativas, dificilmente haverá precisão absoluta na sua extensão, o que demanda a revisão da medida, a fim de que a parte em prol da qual o reequilíbrio é efetivado não fique em situação mais benéfica ou maléfica do que estaria caso o risco jamais tivesse se materializado. Assim, uma vez apurado o valor exato de desequilíbrio contratual, há necessidade de revisitar a medida de recomposição utilizada, complementando-a ou até mesmo utilizando-se de medida contraposta caso verificado que o reequilíbrio foi concedido em patamar além do necessário.

³ Destaca-se, nesse aspecto, os entendimentos exarados nos Pareceres CJ-ARTESP nºs 195/2020 e 444/2020, além do Parecer SUBG-CONS. nº 42/2022.

No mais, recomendamos que somente haja utilização de medidas provisórias de reequilíbrio, como regra, quando previamente já exista o reconhecimento do evento de desequilíbrio pelo agente com competência para tanto. Isso porque o reequilíbrio provisório visa, eminentemente, a lidar com as dificuldades que acarretam o descolamento do momento em que reconhecido o desequilíbrio daquele em que efetivado o reequilíbrio, tendo, portanto, como pressuposto inafastável que um desequilíbrio contratual tenha ocorrido, restando pendente apenas o seu dimensionamento.

Claro que, em tese, é possível cogitar da utilização da medida mesmo nos casos em que a existência do desequilíbrio é apenas provável – algo semelhante ao *fumus boni juris* que fundamente a aplicação de medidas cautelares no processo civil. Contudo, considerando as dificuldades em se reverter ou desfazer um reequilíbrio econômico-financeiro, entendemos que há necessidade da devida cautela na utilização do mecanismo, restringindo-se seu uso, nos casos em que não haja desequilíbrio formalmente reconhecido, apenas às hipóteses em que é altamente plausível que o evento realmente tenha se materializado.

Ademais, entendemos que todas as opções de medidas de reequilíbrio que poderiam ser utilizadas em uma situação ordinária de recomposição também poderiam ser utilizadas no âmbito de um reequilíbrio provisório, não havendo razão para eliminar, em tese, qualquer destas opções.

Por fim, não vemos o reequilíbrio provisório como um direito subjetivo propriamente dito dos contratados, devendo seu uso ser considerado, em regra, como uma faculdade do poder concedente. Assim, entendemos que a obrigatoriedade de utilização do instrumento, para situações mais gravosas, deve ter expressa previsão normativa ou contratual.

Recentemente, uma padronização de reequilíbrio provisório com tais características veio a ser reconhecida expressamente em nível normativo por meio da Resolução nº 19/2023 da Secretaria de Parcerias em Investimentos do Estado de São Paulo (“SPI”)⁴, a qual consolidou o instituto do reequilíbrio cautelar no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos do Estado de São Paulo (“PPI-SP”), contribuindo para lhe dar contornos mais objetivos e oferecer segurança à sua aplicação.

A partir da leitura dos *consideranda* da resolução, enxerga-se claramente a preocupação em endereçar as dificuldades relatadas acima, tendo-se justificado a sua edição,

⁴ A resolução foi publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo no dia 31 de maio de 2023, estando disponível para consulta no seguinte endereço eletrônico: <http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/nav_v6/index.asp?c=33344&e=20230531&p=1>, p. 46, acesso em: 18 ago. 2023. A título de transparência, observamos que os autores deste artigo prestaram assessoria jurídica à administração paulista na redação da norma.

principalmente, com base: (i) na existência de diversos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, nos contratos sob competência da Secretaria, que envolvem assuntos de elevada complexidade, cuja análise pode prolongar a conclusão dos processos administrativos voltados à mensuração definitiva do montante do desequilíbrio econômico-financeiro e das correspondentes medidas para a recomposição contratual; e (ii) no fato de que o decurso do tempo com a persistência de contratos em situação de desequilíbrio econômico-financeiro pode gerar impactos prejudiciais ao interesse público, com a elevação do valor do desequilíbrio contratual, além de potencial comprometimento de indicadores financeiros das concessionárias de serviços públicos.

Especificamente quanto à disciplina encartada na resolução, um primeiro ponto que merece destaque é a previsão de que a implementação das medidas mitigadoras dos desequilíbrios contratuais é, em regra, fruto de uma decisão discricionária do Poder Concedente e não representa um direito subjetivo do contratado (art. 2º, I), ainda que também possa ser deflagrada por sua provocação, além das hipóteses de instauração de ofício ou por recomendação do órgão regulador (art. 2º, IV).

Não obstante, prevê-se hipóteses excepcionais que justificam a avaliação obrigatória do cabimento da aplicação de medidas cautelares de mitigação de desequilíbrios econômico-financeiros (art. 3º), quais sejam: (i) risco à continuidade da prestação dos serviços ou à solvência da concessionária (inciso I), com explicitação dos indicadores a serem utilizados para a verificação da materialização de cada cenário previsto na resolução (§§1º e 2º); (ii) chance de subsistência de saldo regulatório ao final do contrato de delegação em vista da proximidade do termo final da vigência da concessão (inciso II); e (iii) elevada magnitude do impacto do evento de desequilíbrio em comparação à arrecadação bruta da concessionária (inciso III).

Como se vê, o ato regulamentar visa a limitar a discricionariedade do administrador nos casos em que exista um risco relevante na demora em promover medidas de reequilíbrio contratual, seja sob o aspecto do comprometimento financeiro da concessão (incisos I e III), seja pelo risco de que o prazo concessional se encerre com passivos regulatórios não resolvidos, situação na qual o seu equacionamento posterior pode enfrentar relevantes dificuldades práticas (inciso II).

Contudo, mesmo nas hipóteses de implementação discricionária, é preciso que estejam configurados alguns requisitos mínimos para a aplicação do instituto pelo Secretário de Parcerias em Investimentos, tendo em vista que as medidas em tela apenas têm cabimento para desequilíbrios econômico-financeiros cuja ocorrência é inequívoca – por já ter sido reconhecida pelo órgão competente – ou extremamente provável – pela similaridade com outros eventos de

desequilíbrio já reconhecidos pelo órgão competente (art. 3º, §4º). De outro lado, a par das hipóteses de análise obrigatória, a aplicação das medidas a outras hipóteses de desequilíbrio que atendam aos requisitos previamente delineados deverá ser sempre motivada e, no mínimo, visar a preservação do erário (art. 3º, §3º).

A resolução prevê ainda que, configurando-se uma das hipóteses que reclamem ou justifiquem análise quanto à sua mitigação cautelar, o Secretário de Parcerias em Investimentos solicitará que o ente regulador realize a apuração provisória do desequilíbrio, em bases estimativas (art. 5º, I), oportunidade em que também deverá indicar quais medidas, dentre as previstas na resolução, poderão ser utilizadas para mitigar os impactos econômico-financeiros do desequilíbrio sob análise (art. 5º, II).

Recebidas as informações do órgão regulador, o Secretário de Parcerias em Investimentos, com base nas melhores informações disponíveis, decidirá a respeito da aplicação de medida cautelar de mitigação do desequilíbrio, que será obrigatória nas hipóteses em que os seguintes requisitos forem verificados, cumulativamente (art. 6º): (i) a ocorrência do evento de desequilíbrio tenha sido definitivamente reconhecida pelo órgão competente ou possa ser presumida, nos termos da resolução; (ii) for possível a adoção de medidas de suspensão da exigibilidade, elevação ou redução de pagamentos devidos pela Concessionária; e (iii) não houver comprovada indisponibilidade dos recursos para o cumprimento das obrigações orçamentárias e financeiras do Estado ou para a preservação da autonomia financeira da agência reguladora responsável pela fiscalização da execução do contrato.

Esta obrigatoriedade de mitigação cautelar de eventos de desequilíbrio, nas circunstâncias indicadas no artigo 6º da Resolução SPI nº 19/2023, busca endereçar especificamente a situação daqueles contratos que, muito embora inequivocamente desequilibrados, permaneçam demandando a realização de pagamentos pela concessionária em favor do poder concedente, a exemplo de outorgas fixas ou variáveis, eis que, em tais casos, a própria suspensão da realização destes pagamentos costuma se mostrar uma medida bastante eficiente para a desoneração financeira da concessionária, sem demandar aporte de recursos orçamentários por parte do poder concedente, com as dificuldades a isto inerentes, muito embora, em qualquer caso, seja necessária a certificação da dispensabilidade desta receita para o cumprimento das obrigações orçamentárias e financeiras do Estado.

De todo modo, pelo fato de o desequilíbrio ser apurado, preliminarmente, em bases estimativas, buscou-se reduzir o risco de a medida cautelar superar o reequilíbrio que vier a ser definitivamente devido, motivo pelo qual as medidas cautelares de mitigação foram limitadas a 80% (oitenta por cento) do impacto econômico-financeiro estimado, não podendo importar

em recebimento de recursos antecipadamente ao efetivo impacto financeiro do evento de desequilíbrio (art. 6º, parágrafo único). Além disso, nos casos em que deferida a medida, prevê-se a tramitação prioritária dos processos administrativos destinados à mensuração definitiva do desequilíbrio em questão, oportunidade em que, periodicamente, caso apuradas diferenças, o valor deverá ser revisto, com o correspondente ajuste das medidas de recomposição ao montante definitivamente mensurado pelo órgão regulador (art. 7º).

Por fim, no que diz respeito aos instrumentos de recomposição, o art. 2º, III estabelece que a mitigação do desequilíbrio poderá envolver a aplicação, a título cautelar, de medidas que produzam efeitos econômico-financeiros no contrato, trazendo, em auxílio, um rol exemplificativo que alberga uma variedade considerável de modalidades de reequilíbrio contratual, em compasso com o que vem sendo previsto nos contratos de parceria mais recentes do Estado de São Paulo.

4. Conclusões

Neste artigo, buscamos detalhar as dificuldades práticas vivenciadas pela regulação contratual para fins de apurar os desequilíbrios e promover os correspondentes reequilíbrios nos contratos de concessão e parceria público-privadas, explicando como, principalmente em casos de desequilíbrios econômico-financeiros complexos, a sua apuração pode se protrair no tempo, gerando ineficiências e consequências negativas para todos os interessados.

Dentre tais resultados adversos, destacamos o risco de que sejam excessivamente majorados os ônus a serem suportados pelo erário e/ou usuários, diante da incidência de rentabilização sobre os valores de desequilíbrio ao longo do tempo, assim como, a depender da magnitude dos desequilíbrios acumulados, o risco de comprometimento da própria saúde financeira da concessão.

Como proposta, defendemos que o reequilíbrio possa ser feito pela administração pública de modo cautelar (ou provisório), delineando parâmetros adequados, sob o ponto de vista jurídico, para que se promova a mitigação dos impactos dos desequilíbrios cujos eventos são tidos como incontroversos, ou de ocorrência muito provável, pelo tempo que se mostrar necessário até a sua apuração e equacionamento em caráter definitivo.

Nesse contexto, discutimos a disciplina estabelecida recentemente pela Resolução nº 19/2023 da Secretaria de Parcerias em Investimentos do Estado de São Paulo, por meio da qual se consolidou o instituto do reequilíbrio cautelar na administração paulista, contribuindo para

lhe dar contornos mais objetivos e oferecer segurança à sua aplicação. Em seguida, exploramos os principais requisitos e instrumentos previstos na resolução para a implementação prática do instituto, destacando as razões que justificam cada uma das medidas previstas na norma ora em vigor.

Esperamos, com isso, ter avançado no sentido de fornecer subsídios doutrinários para a utilização do reequilíbrio cautelar ou provisório enquanto solução adequada para endereçar alguns problemas sensíveis enfrentados na atividade cotidiana de gestão dos contratos administrativos de longo prazo, contribuindo para delimitar o seu âmbito de incidência e requisitos de aplicação, o que, em nossa visão, poderá ser adotado para equacionar problemas semelhantes vivenciados em outras esferas da Administração Pública brasileira.

Referências

PELLEGRINI, Guilherme Martins; PETARLI, Glenderson Blaser. ‘O uso de contas vinculadas em contratos de concessão: estruturação, finalidade e fundamentos jurídicos’, in **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, jul/dez 2022, pp. 178-203.