

Texto em elaboração – versão de 15 de maio de 2015 – circulação restrita

Limites (informais) à escolha da forma de reequilíbrio das concessões de serviço público

Frederico de Silveira Barbosa

São Paulo, 19 de março de 2015

Sumário

INTRODUÇÃO	3
DESENVOLVIMENTO	4
Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público.....	4
Desequilíbrio e reequilíbrio econômico-financeiros	8
Mensuração dos desequilíbrios e reequilíbrios: principais métodos utilizados no Brasil.....	9
Exemplos de reequilíbrio	16
Limites à discricionariedade do Poder Concedente quanto à forma de reequilíbrio	23
EPÍLOGO	24

INTRODUÇÃO

É comum os regulamentos ou contratos de concessão de serviço público estabelecerem que o poder concedente escolherá a alternativa de reequilíbrio (compensação dos impactos no caixa da concessionária) a ser implementada nos casos de desequilíbrios econômico-financeiros que necessitem ser compensados em benefício da concessionária.

Em função das formas de equilíbrio geralmente disponíveis – indenizações, prorrogações de prazos, aumento de tarifas, modificação dos compromissos da concessionária etc. – e desde que o poder concedente não opte, como forma de reequilíbrio, por modificar os compromissos da concessionária que guardem conexão direta com as características dos serviço público oferecido – essa escolha geralmente envolverá o seguinte dilema: **outorgar o Direito de cobrar tarifas dos usuários** – tarifas maiores ou por períodos mais longos – ou **fazer uso de recursos fiscais** – pagamentos pelo poder público, imediatos ou a prazo, ou redução de pagamentos ou participações que lhe sejam devidos pela concessionária.

Nesses casos e considerando a aquiescência da concessionária quanto à opção de reequilíbrio do poder público – cuja (des)necessidade não é objeto de análise aqui –, faz-se necessária a seguinte indagação, que balizará a condução deste texto: **há limites à discricionariedade do poder concedente quanto à forma de reequilíbrio (alteração do prazo contratual, indenização, alteração de tarifa) do contrato de concessão?**

Ainda que possa parecer um tema essencialmente técnico, ou reservado à compreensão de especialistas, a abrangência dos impactos destas escolhas no domínio do interesse público demonstra, cada vez mais, a necessidade da inscrição destes processos decisórios, mesmo que em níveis atenuados de complexidade, na pauta do debate público, como se verá na parte final deste trabalho.

Dedicados a conduzir a análise (talvez menos em direção reta a uma resposta do que a uma saudável problematização) daquela questão central, os capítulos deste artigo obedecerão à seguinte ordenação de temas: (i) o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, (ii) o desequilíbrio e reequilíbrio econômico-financeiro, (iii) os métodos de cálculo do desequilíbrio e do reequilíbrio, (iv) algumas situações concretas de reequilíbrio pela ocorrência de eventos de risco assumidos pelo poder público, a fim de dar concretude à questão colocada, e (v) os limites à discricionariedade quanto à escolha da forma de reequilíbrio.

DESENVOLVIMENTO

Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público¹

A **concessão de serviço público** é o contrato bilateral pelo qual o poder concedente outorga ao concessionário o direito de explorar e obtém o direito de exigir a prestação adequada do serviço concedido, e pelo qual o concessionário, por sua vez, obriga-se à prestação do serviço, tendo ele direito à remuneração condizente com a proposta apresentada e aceita pelo concedente². Firmado o instrumento, nos termos e sob as condições dos respectivos editais e contratos, as partes passam a se sujeitar não apenas às normas morais e legais, pré ou pós-contratuais, mas também às normas de natureza contratual.

Como a **equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão** representa a relação entre os encargos e retribuições contratuais inicialmente estimados para a concessionária, ela é fruto das percepções, formalizadas ou não, que levaram as partes à celebração do contrato.³

A garantia do equilíbrio econômico-financeiro visa assegurar que as condições efetivas da proposta apresentada no certame licitatório sejam respeitadas pelo Poder Concedente, que não pode alterá-las unilateralmente. Essas condições efetivas, contudo, não estão integralmente expressas no documento, intitulado “proposta”, formalmente apresentado na licitação, o qual, normalmente, contém expressa concordância da licitante com os termos do edital e da respectiva minuta contratual. **A realidade jurídico-normativa da**

¹ Muitas das ideias desenvolvidas neste texto vêm sendo aplicadas ou foram debatidas no âmbito de projetos multi ou transdisciplinares de pesquisa, ensino ou extensão (consultoria, assessoria e pareceres) em que participei nos últimos 15 anos. Nessas ocasiões, tive a enorme satisfação de compartilhar ideias e conhecimentos com inúmeros outros pesquisadores ou profissionais, principalmente com Francisco Anuatti Neto e Roberto Guena de Oliveira, mas também com Heraldo Gilberto de Oliveira, Ricardo Celoto, Rodrigo Celoto, Vernon Kohl, Joe Yoshino, Iran Siqueira Lima, Carlos Luque, José Roberto Savoia, Jullyana Sant’Anna, Bruno Giovanetti, Mario Engler Pinto Jr., Carlos Tahan, Mauro Ricardo Machado Costa, Caio Augusto de Oliveira Casella, Marcelo Bianconi, Eli Robeto Pelin, Alberto Weiman Gergull, Antonio Martins Cortada, Pétrick Pontes, Bruno Ramos Pereira, Felipe Fercolin, Marília Kotait, Fabio Pedutto Sertori, Ivo Fruchi Mattos, Lucas Navarro Prado, Claudia Polto da Cunha, Dario Alexandre Guerrero, Isamu Otake, Tomás Bruginski de Paula, Rafael Chelles Barroso, Denise Cardoso, Vinicius Martins, Humberto Laudares, Francisco Vidal Luna, dentre outros. Certamente aprendi muito com eles, mas todos os equívocos ou devaneios deste texto – que a quase totalidade desses ilustres amigos desconhece – são exclusivamente de minha responsabilidade.

² Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a Concessão de serviço público é “o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 680).

³ De forma semelhante, Celso Antônio Bandeira de Mello nos indica que “[e]ntende-se por equilíbrio ou equação econômico-financeira, conforme conceituação feliz de Marcel Waline: “[...] a relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratado e um conjunto de encargos deste, que **pareceram equivalentes**, *donde o nome de equação* [...]”. (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 680-681) (destaque nosso).

proposta apresentada em licitação envolve o edital, a minuta do contrato de concessão, a regulação setorial e a lei geral – isto é, envolve o direito de maneira geral: tanto o subjetivo quanto o objetivo⁴.

Nesse sentido, a apresentação da proposta da concessionária em processo competitivo⁵ e a respectiva aceitação da mesma pelo poder público produzem tanto o acordo de vontades em si (o contrato de concessão), quanto o relevante pressuposto da equivalência entre encargos e retribuições da concessionária no momento da formação do contrato. Esse pressuposto é tão forte quanto houver sido **rigoroso o teste de mercado** inerente à seleção da ocupante da posição contratual da concessionária. É evidente que fatores importantes da equação econômico-financeira do contrato resultam do teste de mercado realizado – tarifa máxima, valor a ser pago pela outorga do serviço, contraprestação exigida, por exemplo.

Os encargos e retribuições efetivos da concessionária – inicialmente estimados pelo Governo ou pela concessionária ao prepararem a licitação e a proposta, respectivamente e quase sempre representados pela estimativa das entradas e saídas de caixa pertinentes à exploração da prestação do serviço público durante a vigência do contrato de concessão – sofrem variações, por melhores que tenham sido as avaliações realizadas anteriormente à formação do contrato. Por isso, é relevante à execução contratual saber se as consequências positivas ou negativas dessas variações (i) devem afetar o patrimônio da concessionária – ou seja, se devem ser arcadas por ela, serem de sua responsabilidade e risco –, (ii) serão arcadas pelo poder concedente e/ou (iii) serão suportadas pelos usuários.

Destarte, **a noção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão** não se completa apenas com os encargos e retribuições da concessionária estimados anteriormente à formação do contrato, por mais que essas estimativas tenham, eventualmente, levado as partes

⁴ Nesse contexto, **uma das principais condições efetivas da proposta é a alocação de riscos** estipulada pela lei, pela regulação e pelo contrato, alocação essa que é protegida pelo princípio da proteção do ato jurídico perfeito e não pode ser alterada unilateralmente pelos governos, mesmo que não esteja estampada no documento formal intitulado “proposta”; por seu turno, não há qualquer razão legal ou fática para se concluir que a análise de desequilíbrios deva ser feita exclusivamente por meio das supostas *percepções* (projeções financeiras) do licitante, formalizadas no documento intitulado “proposta vencedora”. **É coerente com a legislação ordinária e com as regras constitucionais o reconhecimento da não obrigatoriedade de utilização das projeções financeiras que acompanham a proposta vencedora** para fins de análise de desequilíbrios e implementação de medidas de reequilíbrio, salvo disposição contratual em sentido contrário.

No plano constitucional, as regras se limitaram em remeter ao legislador ordinário a regulação do respeito às condições efetivas da proposta. No plano legal, o equilíbrio econômico-financeiro é assegurado na Lei de Licitações, para os contratos administrativos em geral, e na Lei Geral de Concessões, que estipulam a necessidade de preservação – manutenção em equilíbrio – da tarifa da proposta vencedora pelas regras de reajuste e revisão tarifária previstas na lei, no edital e no contrato, bem assim, ressaltando que a principal utilidade do instituto do equilíbrio econômico-financeiro refere-se à proteção contra as alterações unilaterais do contrato, que, sempre que forem atendidas as condições do contrato, referido equilíbrio se considera assegurado. Não há qualquer comando legal no sentido de que o fluxo a ser utilizado para fins de reequilíbrio econômico-financeiro deva ser o integrante da proposta da concessionária, portanto.

⁵ A livre concorrência que resta nas prestações monopolísticas de serviços públicos geralmente depende exclusivamente do processo de escolha do concessionário, cujo caráter competitivo é pressuposto deste trabalho.

a pressupor o equilíbrio da relação entre os encargos e retribuições contratuais e justificado a entrada de cada uma na relação contratual. A completude da noção de equilíbrio ainda depende do regramento legal, regulatório e contratual que explícita ou implicitamente distribui às partes envolvidas os riscos pertinentes à execução do objeto contratual⁶.

O contrato estará equilibrado quando a concessionária tiver cumprido seus encargos, sofrido as consequências dos riscos por ela assumidos e não estiver suportando impactos positivos ou negativos de riscos que não lhe tenham sido inicialmente atribuídos, isto é, daqueles retidos pelo poder concedente, transferidos ao usuário ou, de alguma forma, compartilhados entre esses e a concessionária.

Como as consequências para a concessionária advindas de riscos que não são seus devem ser compensadas, é natural que **a manutenção do contrato em situação de equilíbrio** dependa algumas vezes da adoção de medidas que visem manter ou restaurar o equilíbrio inicialmente alcançado.

Classificamos essas medidas ou mecanismos contratuais que visam preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão entre aquelas que objetivam (i) o compartilhamento dos riscos (reajustes⁷ e revisões periódicas ou ordinárias⁸, por exemplo) e

⁶ Diremos, doravante, que os riscos foram alocados a cada uma das partes ou compartilhados por meio de mecanismos contratuais, regulatórios ou legais.

Embora o contrato de concessão seja flexível, a alocação e compartilhamento dos riscos não é absolutamente livre. Como, por exemplo, é desejável que as PPPs transfiram aos concessionários os riscos que esses são mais capazes de gerir que o poder público, é também natural que os gestores públicos tenham que fundamentar suas opções quanto ao desenho contratual.

⁷ O art. 23, IV da Lei Geral de Concessões (Lei nº. 8.987/95) estabelece como cláusula essencial do contrato de concessão aquela que disponha sobre o preço do serviço e aos **critérios e procedimentos para o reajuste** e a revisão das tarifas. O reajuste *tarifário*, geralmente realizado com periodicidade anual, tem por objetivo *compartilhar* o risco de inflação entre concessionário e usuário; em outras palavras, dada a falta de controle que geralmente o concessionário terá sobre os preços dos insumos (e suas variações) envolvidos na prestação dos serviços, seja por perda de valor da moeda, seja por razões de mercado, acorda-se previamente que o preço do serviço *será atualizado (modificado, alterado, reajustado)*. Supõe-se assim que o preço (administrado) do serviço terá menor probabilidade de apresentar grande distanciamento do preço dos insumos.

Embora seja complexa a apuração do impacto da inflação no preço (“administrado”) de cada serviço público, dada a conveniência de transferir para o concessionário o risco de variação dos preços dos insumos e ao poder público e ao consumidor o de variação do preço do serviço, muitas vezes são aplicados índices econômicos oficiais, a exemplo do IPCA, IGP-M e/ou INCC, previamente definidos em contrato ou em regulamentação específica. O reajuste não neutraliza o efeito da inflação, pois provavelmente será inferior ou superior à magnitude do impacto inflacionário exato sofrido pelo serviço público. Além disso, como é periódico (anual), até sua aplicação, o impacto inflacionário foi sentido pela concessionária, sem compensação retroativa. Ademais, o reajuste geralmente não tem por fim verificar as condições da concessão, incluindo os aspectos quantitativos dos fatores empregados na prestação do serviço público.

⁸ A Lei nº. 8.987/95 estabelece em seu art. 9º, §2º, que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”. Muitos contratos determinam a realização da revisão ordinária, periódica, das tarifas, geralmente a partir da análise das condições da concessão: estágio de implantação dos serviços, sua qualidade, técnicas disponíveis e aplicadas, quantitativos e preços dos insumos empregados, eficiência desejada etc. Então, pela aplicação de método coerente, consistente e transparente, se obtém periodicamente, uma nova tarifa. Normalmente, nas ocasiões em que se realiza a revisão, não se aplica o reajuste tarifário. Como mecanismo de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a revisão é mais potente e precisa que o reajuste, pois os preços dos insumos, os ganhos de produtividade da concessionária (quantitativos) relativos à administração, operação e manutenção dos serviços, as modificações nos planos de investimentos e outros aspectos específicos são diretamente verificados e considerados na definição do novo preço do serviço público.

(ii) a compensação da concessionária pela ocorrência de riscos que não lhe haviam sido alocados (revisões extraordinárias, reequilíbrios ou recomposições de equilíbrio).

A construção da equação de equilíbrio econômico-financeiro de cada relação de concessão – dado o seu caráter essencialmente contratual – **pauta-se pela flexibilidade**, pois envolve, como hoje se reconhece de forma mais ampla, variadas possibilidades de alocação e compartilhamento dos riscos e respectivos oferecimentos de incentivos, inclusive no que se refere ao tratamento das consequências econômico-financeiras dos eventos de risco. Esse tratamento costuma envolver regras específicas sobre (i) os modos de mensuração dos efeitos de eventos de risco que fazem surgir na esfera da concessionária o direito a compensações e (ii) as próprias formas de compensação.

As medidas preservadoras do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos envolvem ações que geralmente, e de forma similar à representação dos encargos e retribuições originais da concessionária, podem ser representadas tanto por ajustes nas funções inicialmente previstas, como por funções acrescidas à equação econômico-financeira inicialmente identificada.

A identificação da equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em cada momento da execução contratual envolve a formulação das funções nas quais os encargos e retribuições passados e futuros da concessionária e *outros parâmetros* da equação são representados. Desta forma, permite-se, conforme requisitado, que os efeitos econômico-financeiros positivos e negativos dos riscos associados à concessão sejam considerados, especialmente daqueles **não** alocados à concessionária ou compartilhados por esta com o poder concedente.

A equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato precisa ser mutável, sem o que não servirá à manutenção do próprio equilíbrio ao longo do período contratual. Isso ocorre independentemente da verificação de alterações decorrentes de decisões políticas que afetam vetores específicos (receita, custos e investimentos) da equação de equilíbrio econômico-financeiro. Assim, a equação será modificada tanto, de forma deliberada, por modificações na estrutura tarifária, estabelecimento de gratuidades, ampliação das exigências sobre o nível de serviço ou realização de expansões, quanto pela ocorrência de eventos de força maior, caso fortuito, modificações tributárias (fato do príncipe) etc.⁹

⁹ É importante tomar o cuidado de não tratar como sinônimos “equilíbrio” e “equação” econômico-financeira, sob pena de se afirmar a imutabilidade da própria equação, a toda evidência inexistente.

Embora seja desejável que as alterações da equação econômico-financeira realizadas com o fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro contratual – reajustes e revisões ordinárias ou extraordinárias – **sejam reguladas** pelo contrato, pela regulação setorial ou pela lei, assegurando-se, por exemplo, maior isonomia, previsibilidade e segurança, essas modificações, **principalmente quando possuem finalidade compensatória**, muitas vezes são implementadas sem que haja prévio detalhamento contratual ou regulatório, casos em que cada ajuste da equação depende de acordo das partes e celebração de termo contratual aditivo. Importante observar que, quando há uma autoridade reguladora independente constituída, as alterações da equação econômico-financeira do contrato podem ser arbitradas e implementadas por ato do regulador, dispensando acordo entre concessionária e concedente.

Ao passo que **o grau de formalização do acordo quanto ao equilíbrio econômico-financeira do contrato** depende dos detalhamentos da lei, da regulação e de cada contrato que a formaliza, ou seja, **depende das definições normativas** contidas na lei, na regulação e no contrato relativas aos riscos e às suas consequências, **a consistência, a coerência e a legitimidade desses acordos e sua aceitação** pelos usuários, pelos órgãos de controle e pela sociedade **dependem, também, tanto do saber subjacente a essas questões quanto da percepção dos envolvidos.**

Desequilíbrio e reequilíbrio econômico-financeiros

Como anunciado no tópico anterior, os impactos nas concessões decorrentes da efetivação de eventos de risco alocados contratualmente ao poder concedente – por exemplo, eventos da natureza ou exigências políticas – ensejam processos de reequilíbrio ou compensação. Nesses casos, o ideal será que o reequilíbrio neutralize os efeitos do desequilíbrio, tanto em termos econômicos como financeiros.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, não obstante o extremo rigor que aplica ao tema, trata “equilíbrio ou equação econômico-financeira”, conforme conceituação feliz de Marcel Waline: ‘... a relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratado e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada’” (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 680-681) (destacamos).

Ora, pelo que desenvolvemos até agora, a “equivalência” que não pode ser alterada é mais próxima do “equilíbrio” do que da “equação”, na medida em que, ao que nos parece, para se manter o primeiro “inalterado”, a segunda certamente precisará sofrer modificações, por exemplo, por meio do acréscimo ou modificação de suas funções, isto é, pela implementação de revisões ordinárias ou extraordinárias.

$$\begin{array}{c} \text{Valor presente do Fluxo de caixa do desequilíbrio} \\ + \\ \text{Valor presente do Fluxo de caixa do reequilíbrio} \end{array}$$

ZERO

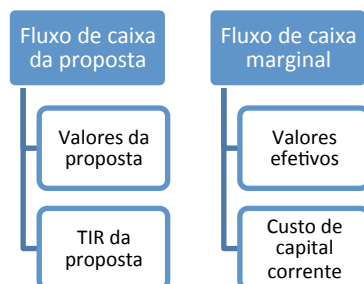
Assim, por exemplo, se por uma decisão política for concedida isenção tarifária nos primeiros anos da execução do contrato de concessão – supondo que a concessão de isenções tarifárias seja risco do poder concedente, como normalmente ocorre –, a concessionária deverá ser indenizada pelos prejuízos econômico-financeiros sofridos. Em termos de prejuízos econômicos, a compensação pode se dar por meio (i) da transferência de recursos fiscais equivalentes às tarifas não recolhidas, (ii) da outorga do direito de cobrar tarifas adicionais dos usuários nos exercícios posteriores, seja por meio do aumento das tarifas previstas ou da prorrogação do prazo da concessão, ou (iii) do cancelamento de obrigações da concessionária relativas a investimentos ou ao nível de serviço, reduzindo os desembolsos esperados. Em qualquer caso, se o fluxo de caixa livre verificado compensar a perda de receita do início da concessão, em termos econômicos, ter-se-á equilibrado a concessão.

Em termos financeiros, por outro lado, nem toda forma de compensação será adequada. A implementação do direito de cobrar tarifas maiores ou por mais tempo (aumento de tarifas ou prorrogação contratual), por exemplo, necessariamente depende da captação de recursos adicionais pela concessionária, os quais precisam ser remunerados adequadamente até que sejam retornados ao concessionário. Mas a obtenção desses recursos adicionais nem sempre será viável. Elementos como a alavancagem da concessionária, a disposição a pagar dos usuários ou o custo de capital envolvido podem impedir que o reequilíbrio por meio da outorga do direito de cobrar tarifas maiores ou por mais tempo seja financeiramente viável. Assim, costumamos dizer que, em regra, desequilíbrios passados e contrários à concessionária apenas podem ser “acumulados” para reequilíbrio futuro mediante sua concordância.

Mensuração dos desequilíbrios e reequilíbrios: principais métodos utilizados no Brasil

No Brasil, por muitos anos, utilizou-se, especialmente no setor de transporte, o “método do fluxo de caixa da proposta” para se mensurar os desequilíbrios e promover os reequilíbrios contratuais. Por esse método, os efeitos dos eventos de desequilíbrio são mensurados no fluxo de caixa que acompanhou a proposta do concessionário apresentada na licitação, mediante a aplicação da taxa interna de retorno (TIR) lá indicada. Por outro lado, o “método do fluxo de

caixa marginal”, que começa a ser utilizado em maior extensão¹⁰, utiliza, para os cálculos, a melhor informação sobre os valores efetivos, marginais, relativos aos impactos do evento de desequilíbrio, isto é, busca-se estimar os impactos do evento de desequilíbrio nos custos, na receita e nos investimentos da concessionária, assim como o custo de capital corrente.

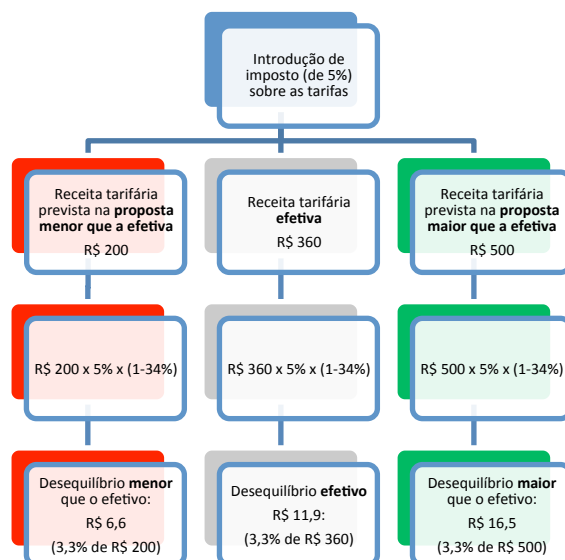


Para ilustrar as diferenças resultantes da aplicação de cada método, vejamos os resultados apurados por cada um dos métodos quando da criação de um imposto que incida sobre o serviço público prestado por uma concessionária, cujo aspecto quantitativo é representado pela alíquota de 5% e base de cálculo equivalente as receitas tarifárias. Para ilustração do fluxo de caixa marginal, suponhamos (i) que a receita tarifária efetiva da concessionária no primeiro ano de incidência do imposto seja de 360 e (ii) que o imposto incidente (5% x 360) seja dedutível dos tributos sobre a renda (alíquota de 34%). Para fins de comparação, imaginemos duas hipóteses de fluxo de caixa da proposta: uma na qual a receita estimada pela licitante, para o exercício em questão, tenha sido de 200; outra na qual essa receita seria de 500. Os resultados verificados podem ser observados na figura abaixo.

¹⁰ Em 2011, por exemplo, a ANTT editou a Resolução nº. 3.651, de 07 de abril de 2011 (disponível em < http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4651/Resolucao_n_3651.html>, que aprovou a metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais da 1ª Etapa, da 2ª Etapa – Fase I, e do Pólo Pelotas, em decorrência da realização de investimentos e serviços que não foram acordados pelas partes, quando da assinatura do contrato do contrato.

Segundo a metodologia aprovada pela Resolução, a recomposição do equilíbrio contratual, na hipótese de inclusão de investimentos ou serviços não previstos na proposta inicial, passou a ser realizada por meio da adoção de um Fluxo de Caixa Marginal, projetado em razão do evento que ensejar a recomposição, sendo considerados (i) os fluxos dos dispêndios marginais resultantes do evento que deu origem à recomposição; e (ii) os fluxos das receitas marginais resultantes da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A ARTESP também aprovou sobre o Fluxo de Caixa Marginal para novos investimentos nas concessões, a Resolução ARTESP nº 001, de 25/03/2013 (disponível em <http://www.artesp.sp.gov.br/Media/Default/legislacao/Documento/Resolucao%20Artesp%20n%C2%BA%2001-13%2025-03-13%20211042-12-1.pdf>).



Importante observar que, qualquer que seja o método aplicado, o eventual reequilíbrio implementado exclusivamente por meio do aumento das tarifas a partir do momento em que o imposto passa a incidir produziria o mesmo impacto na receita efetiva da concessionária. Para compensar a incidência tributária, verificada de 5% das receitas, bastará majorar as tarifas em 5,26%, caso em que a concessionária obterá uma receita marginal adicional equivalente, nos cenários acima expostos, a 10,53, 18,95 ou 26,32. Como essa receita sofreria a incidência do próprio imposto ensejador do desequilíbrio (5% sobre as receitas), assim como dos tributos sobre a renda de 34%, seria assegurado um resultado líquido à concessionária, na planilha de cálculo, de 6,6, 11,9 e 16,5, ou seja, os mesmos valores de desequilíbrio acima mencionados. Esses resultados são mostrados no diagrama seguinte.



Esses resultados mostram que, caso o poder público, para compensar um tributo de 5% que venha a incidir sobre a receita tarifária, aumente a tarifa em 5,26%, tal aumento será

suficiente para compensar o desequilíbrio verificado, sendo irrelevante a utilização, em tais cálculos, do método do fluxo de caixa da proposta (valores da proposta) ou do fluxo de caixa marginal (valores efetivos).¹¹

Importante ainda ressaltar que, obviamente, mesmo que se promova as contas pelo método do fluxo de caixa da proposta – que indicam, em nossos exemplos, valores de desequilíbrio/reequilíbrio de 6,6 e 16,5 –, os valores que efetivamente serão percebidos pela concessionária serão aqueles resultantes de sua demanda efetiva de usuários, ou seja, de 11,9.

Outra relevante consideração a ser feita é que, caso se opte pela compensação do mencionado desequilíbrio via pagamentos ou subsídios mensais a serem pagos pelo poder público simultaneamente ao recolhimento do imposto que passou a incidir, os resultados indicados pelo método do fluxo de caixa da proposta certamente mostrar-se-ão inadequados, posto que não equivalem ao prejuízo efetivo da concessionária. Assim, certamente seria questionado pela concessionária se, para cada 11,9 de desequilíbrio efetivo, fosse indenizada em apenas 6,6 – tal como deveria ser questionado pelo Poder Concedente se, na mesma situação de desequilíbrio, tivesse que pagar para a concessionária 16,5.

Em síntese, ao se realizar contas como essas, sempre será necessário que o poder público verifique as limitações do método utilizado para evitar tanto a geração de prejuízos aos seus parceiros, quanto o pagamento superior a aos valores devidos.

Desnecessárias maiores delongas para alertar no sentido de que essas distorções podem ser bastante ampliadas se considerados os efeitos da aplicação da taxa de desconto (para pagamento à vista) ou de capitalização (para pagamento mediante extensão do prazo do contrato) dos valores de desequilíbrio apurados ou estimados. Como vimos, convencionou-se que o método do fluxo de caixa da proposta implica a utilização da TIR indicada no plano de negócios da proposta para, por exemplo, promover o desconto dos valores de desequilíbrio antecipados ou a remuneração dos desequilíbrios passados que serão apenas futuramente compensados.

Destarte, inegável que, nos casos em que houver que ser utilizada a TIR da proposta e esta for maior que o custo de capital corrente, eventuais *reequilíbrios de longo prazo* – pagamentos parcelados, mediante emprego de recursos fiscais; compensações tarifárias, mediante, por exemplo, aumento de tarifas ou prorrogações contratuais – ensejarão, em comparação com os impactos efetivos sofridos pela concessionária, compensações maiores que as necessárias.

¹¹ Note-se que, nos exemplos construídos, para evitar que os mesmos tornem-se desnecessariamente complexos, desconsideramos efeitos adicionais das modificações introduzidas, como a elasticidade preço-demanda.

Esse problema não é exclusivo dos casos de aplicação do fluxo de caixa da proposta. Mesmo nos casos do fluxo de caixa marginal, vale notar que, certamente, serão observadas situações nas quais o custo de capital ou de oportunidade da concessionária é maior que os custos de capital ou de oportunidade do governo (ou mesmo dos usuários). Nesses casos, poderá ser vantajoso antecipar a realização de reequilíbrios que, em termos contratuais, poderiam ser dilatados, ainda que, para tanto, o poder concedente tenha que captar recursos por outros meios.

Os exemplos seguintes são ilustrativos da importância da comparação entre os custos de capital para o governo e para concessionária, a fim de se assegurar o melhor uso dos recursos públicos, entendidos como tais tanto os recursos fiscais quanto os recursos dos usuários dos serviços públicos.

Suponhamos, primeiramente, sendo necessária a compensação da concessionária em R\$100, que seu custo de capital (taxa de remuneração da concessionária) seja de 12% a.a., e que o custo de capital do Estado seja de 6% a.a. Nesse caso, ainda que o pagamento parcelado seja, sob a ótica da concessionária, equivalente ao pagamento à vista, sob a perspectiva do Estado, quanto maior for o prazo de pagamento – no exemplo considerados em 10, 15 ou 20 anos –, maior será o valor presente do fluxo de reequilíbrio.

Valor presente do desequilíbrio	R\$100		
Taxa de remuneração da concessionária	12%		
Custo de capital do Estado	6%		
Prazo de pagamento (anos)	10	15	20
Prestação anual	(R\$17,7)	(R\$14,7)	(R\$13,4)
Valor presente de pagamento**	R\$130	R\$143	R\$154

* Taxa de remuneração da concessionária (TIR da proposta ou custo de capital corrente)

** Segundo o custo de oportunidade do poder concedente

Importante observar que são muito expressivas as diferenças nos resultados verificados se se modificar o custo de capital da concessionária. Assim, vejamos o que ocorre se, mantidas todas as premissas e propósitos, se elevasse o custo de capital da concessionária para 18% a.a.

Valor presente do desequilíbrio	R\$100
---------------------------------	--------

Taxa de remuneração da concessionária	18%
---------------------------------------	------------

Custo de capital do Estado	6%
----------------------------	----

Prazo de pagamento (anos)	10	15	20
Prestação anual	(R\$22,3)	(R\$19,6)	(R\$18,7)
Valor presente de pagamento**	R\$164	R\$191	R\$214

* Taxa de remuneração da concessionária (TIR da proposta ou custo de capital corrente)

** Segundo o custo de oportunidade do poder concedente

O aspecto mais importante a se observar nesses dois exemplos – que diferem entre si, exclusivamente, pela elevação da taxa de remuneração da concessionária de 12% para 18%, o que produz, por seu turno, expressiva elevação nos valores de “prestação anual” a que essa fará jus pelo parcelamento do desequilíbrio – refere-se à enorme diferença entre os valores (reais) presentes dos pagamentos apurados pela taxa de 6% a.a. (mais a inflação).

Ressalta-se, ademais, que as taxas de remuneração adotadas nos exemplos são taxas que poderão ser encontradas, sem muitas dificuldades, em inúmeros contratos de concessão em vigor, especialmente – mas não exclusivamente – em casos nos quais os processos de desequilíbrio/reequilíbrio são realizados segundo o método do fluxo de caixa da proposta; assim como que o “custo de capital do estado adotado”, tanto pode representar o custo de capital da União Federal, quanto ser uma boa medida do custo de oportunidade dos usuários, posto que 6% (mais inflação) é uma taxa bem próxima da atual remuneração das Notas do Tesouro Nacional, emitidas pela primeira e normalmente compradas por esses.

Ora, se R\$100 seriam suficientes para pagar, à vista, um determinado desequilíbrio, seu parcelamento em 20 anos representará, para o poder público, o pagamento de R\$ 154 ou R\$ 214, dependendo da taxa de remuneração da concessionária (12 ou 18%). Nesses casos, natural que o poder concedente – principalmente se normalmente lhe seja assegurada essa alternativa pelo contrato de concessão – analise a possibilidade de tomar recursos mediante o pagamento de juros de 6% a.a. (mais inflação), viabilizando o pagamento da concessionária à vista.

Se se pretendesse que as tarifas recolhidas a médio/longo prazo dos usuários paguem esse desequilíbrio, poder-se-ia pensar na emissão de um título de dívida pela concessionária, **garantido pelo Poder Concedente**, cujo resgate seria promovido mediante tarifas adicionais

a serem pagas pelos usuários¹². O importante é pontuar que não será razoável, em cenários como os ora analisados, simplesmente parcelar os desequilíbrios perante as próprias concessionárias a custos elevados, indefensáveis, quando for viável realizar esses reequilíbrios arcando com custos de capital mais próximos daqueles representativos do custo de capital do poder concedente (quando se tratar do emprego de recursos fiscais) ou do custo de oportunidade dos usuários (quando do emprego de recursos tarifários).

Em síntese, nossos Governos precisam ser forçados a demonstrar tanto que estão dispostos a considerar detidamente – dentre outros elementos – a taxa representativa de seu custo de capital ou o custo de oportunidade dos usuários, conforme for o caso, na tomada de decisão sobre a forma de reequilíbrio, quanto que, ao enfrentar o dilema de promover o reequilíbrio por meio do emprego de recursos fiscais ou de recursos tarifários, estariam fazendo escolhas sensatas. A necessidade dessas considerações ou fundamentações ficará mais clara a partir dos exemplos a seguir expostos.

¹² Com fins semelhantes, recentemente, o Governo Britânico, por intermédio da Secretaria de Estado de Transportes, passou a garantir **incondicionalmente** as obrigações financeiras da Network Rail Infrastructure Limited – responsável por operar, manter e aprimorar a infraestrutura de trilhos, sinalizações, estações e pontes que compõem a malha ferroviária de todo o Reino Unido (Inglaterra, Escócia e País de Gales) –, utilizando-se de um mecanismo de garantia financeira chamado “Financial Indemnity Mechanism – FIM”. O fim dessa operação foi permitir à Network Rail tomar recursos no mercado a uma taxa de juros mais baixa do que seria possível para uma empresa do setor privado, atendendo-se, assim, tanto aos interesses dos usuários, na medida em que reduzirá a tarifa cobrada, quanto aos do governo britânico e da Network Rail, ao se permitir a realização de financiamentos de maneira mais eficiente.

Informações disponíveis em:

<http://www.networkrail.co.uk/about-us/governance/>

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/347092/facility-agreement.pdf

www.parliament.uk/briefing-papers/sn02129.pdf

Exemplos de reequilíbrio

Os casos escolhidos para ilustrar o dilema acima mencionado envolvem as seguintes ocorrências (eventos de risco):

1. **Modificações tributárias** (recolhimento pela concessionária de novas incidências tributárias sobre os serviço ou a receita da concessionária), que afetam o vetor **receita** (líquida) do fluxo de caixa da concessionária;
2. **Exigência de novos investimentos**, que, causadores de desembolsos de caixa adicionais, afetam tanto o vetor “investimento”, quanto o vetor “custos” – de manutenção e outros – do fluxo de caixa da concessionária;
3. **Não realização de reajustes tarifários**, que afetam o vetor receita do fluxo de caixa da concessionária;
4. **Escassez hídrica**, causadora de aumento de custos de provisão dos serviços de energia elétrica e, eventualmente, de perda de receita;
5. **Escassez hídrica**, causadora de aumento de custos de provisão dos serviços de abastecimento de água e de perda de receita.

Esses exemplos foram extraídos de casos concretos que afetaram, e que, na maioria dos casos, ainda estão a afetar os poderes concedentes ou os usuários, como se vê no quadro a seguir apresentado, que permite verificar se foram ou estão sendo levados em consideração os custos de capital envolvidos ou como se deu a solução do dilema entre reequilibrar mediante o emprego de recursos fiscais ou tarifários.

Casos de desequilíbrios e opções de reequilíbrio					
	<i>Exemplo 1</i>	<i>Exemplo 2</i>	<i>Exemplo 3</i>	<i>Exemplo 4</i>	<i>Exemplo 5</i>
<i>Desequilíbrio verificado (risco assumido pelo poder concedente)</i>	Incidência de novos impostos municipais sobre pedágios de rodovias estaduais	Desembolsos relativos a investimentos não previstos inicialmente em rodovias	Não realização de reajustes em função das manifestações de junho de 2013	Elevação do custo de aquisição de energia elétrica devido à escassez hídrica	Aumento no custo de energia elétrica e redução na demanda decorrente da crise hídrica.
<i>Necessidades</i>	Compensar a concessionária pela (i) perda de receita, (ii) pelo aumento de custos e/ou (iii) pelos desembolsos com investimentos (incluindo eventual remuneração do capital)				
<i>Possibilidades de reequilíbrio</i>	(i) Direito de cobrar tarifas dos usuários e/ou (ii) compensações financeiras (recursos fiscais)				
<i>Método de cálculo previsto</i>	Fluxo de caixa da proposta		Fluxo de caixa efetivo		
<i>Taxa de remuneração</i>	Taxas das propostas, com valores bastante elevados, muitas vezes superando 20% a.a.		12% a.a.	WAAC contemporâneo definido pelo regulador para as concessionárias	
<i>Solução adotada</i>	Prorrogação de prazos contratuais (direito de cobrar tarifas por mais tempo)	Redução de valores devidos pela concessionária ao governo (compensações financeiras), de forma praticamente imediata à realização dos desembolsos efetivos adicionais	Aumento dos subsídios públicos (compensação financeira)	Captação de recursos de terceiros (endividamento) por distribuidoras, seguindo da realização de subsídios públicos (compensação financeira) e de aumentos tarifários (ainda não empregados)	Revisão extraordinária para compensar as perdas da companhia com (i) aumento no custo de energia elétrica; e (ii) redução na demanda decorrente da crise hídrica.
<i>Questionamentos apresentados</i>	Além de inúmeras críticas públicas e do legislativo, o próprio poder concedente, embora por argumentos formais, está a questionar – judicialmente – a opção adotada	Desconhecemos questionamentos	Questionamentos gerais face à deterioração das finanças públicas	A medida foi implementada sem que se definisse previamente como as distribuidoras pagariam os empréstimos (tarifas ou novos repasses). Num primeiro momento, por razões político eleitorais, foram concedidos subsídios públicos; num segundo momento, muito recente, foi decidido que haverá novos empréstimos e elevação de tarifas.	Críticas em relação à decisão inicial de estabelecer uma política de concessão de descontos para redução do consumo, que ocasionou a perda de faturamento, para, posteriormente promover o reequilíbrio da empresa, por meio da concessão de ajuste extraordinário sobre a tarifa para compensar o desequilíbrio provocado.
<i>Observações</i>		A elevada taxa de descontos foi a razão de se ter optado pela realização de compensações financeiras simultâneas aos desembolsos, mediante emprego de recursos fiscais	Se os pagamentos tiverem sido realizados no curto prazo via recursos fiscais, não sofreu efeitos desse custo de capital		A concessionária alega que a concessão de descontos tarifários para os consumidores que reduziram o consumo não foi objeto de reequilíbrio

No Exemplo 1, inúmeras críticas públicas e do Legislativo foram feitas quanto à opção de reequilíbrio adotada pelo governo estadual. Essas críticas envolvem dois aspectos principais: considerando que o método de reequilíbrio adotado era o do fluxo de caixa da proposta e a demanda prevista era superior à demanda efetivamente verificada, o desequilíbrio verificado era maior que o efetivo; além disso, tendo em vista as elevadas taxas de desconto previstas e a opção de reequilíbrio mediante concessão de prazo adicional (direito de cobrar tarifas por prazo mais longo), pode-se afirmar que o valor do reequilíbrio – se trazido o fluxo a valor presente por taxa de descontos adequada à medição do custo de capital para o Governo ou para o usuário, ou mesmo por taxa de remuneração condizente com o custo de capital contemporâneo da concessionária – será muito maior que o valor do desequilíbrio verificado para a concessionária. A toda evidência, se o pagamento desse desequilíbrio tivesse se dado mediante aumento de tarifas (como demonstrado acima), ao invés da concessão de prazos adicionais que chegam a 8,5 anos, os usuários pagariam muito menos.

Os questionamentos quanto a esse processo de reequilíbrio são variados, tendo ocorrido até mesmo uma CPI na Assembleia Legislativa paulista. Contudo, as críticas finais verificadas apontam uma preocupação muito maior quanto ao método de apuração do desequilíbrio – fluxo de caixa da proposta, que ensejou, na maioria dos casos, majoração dos valores base de desequilíbrio – do que quanto à opção de reequilíbrio pela prorrogação da concessão (direito de cobrar tarifas por mais tempo). Vale observar, ainda, que a agência reguladora desses contratos iniciou processo com vista à declaração da nulidade dos termos aditivos firmados, sob o fundamento de que, segundo a literalidade do art. 9, § 3º, “ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da proposta, **implicariam a revisão da tarifa**, para mais ou para menos quando comprovado seu impacto, conforme o caso.” No entender da ARTESP, em se tratando de majoração de impostos, não poderia ter sido prorrogada a concessão, sendo de rigor a majoração das tarifas.

É provável que o interesse dos usuários não tenha sido bem zelado nesse caso. A opção equivocada pelo reequilíbrio mediante concessão de prazo adicional (direito de cobrar tarifas adicionais dos usuários) permitiu que as falhas do método da proposta produzissem efeitos. Não bastasse esse aspecto, (i) as elevadas taxas de remuneração aplicadas (em torno de 20% a.a., mais a inflação), muito distantes do custo de capital corrente por ocasião da celebração dos aditivos, (ii) o tempo que faltava para se iniciar o pagamento – que produziu o efeito de

um longo período de carência, superior a 10 anos, no qual “os juros seriam capitalizados” – e (iii) o longo período de pagamento – até 8,5 anos de execução contratual adicional – fizeram o “passivo dos usuários” avolumar-se de tal modo que o valor que hoje deve ser pago às concessionárias mediante tarifas de pedágio, em todos os casos, representa múltiplos do desequilíbrio original.

Creemos que, se, à época, simulações adequadas houvessem sido feitas e um processo adequado de comunicação com o público tivesse sido implementado, jamais os usuários teriam optado por financiar, no âmbito dos contratos de concessão e a taxas tão elevadas, custos com impostos da geração atual, transferindo-os para usuários futuros, alguns dos quais nem tinham nascido quando a operação foi realizada.

Os problemas verificados no âmbito do Exemplo 1 levaram a que, no âmbito do Exemplo 2, se optasse por assegurar à concessionária compensações financeiras, mediante o emprego de recursos fiscais, de forma imediata à realização dos desembolsos com novos investimentos. Nesse caso, além de não haver questionamentos, não se permitiu que os cofres públicos sofressem as mesmas e drásticas consequências sofridas pelos usuários no primeiro exemplo.

De todo modo, impossível não perceber que seria muito mais fundamentado – desde que a taxas aceitáveis, obviamente – eventual financiamento, no âmbito de contratos de concessão, da realização de novos investimentos – caso do Exemplo 2 –, do que de impostos correntes – caso do Exemplo 1. Essa incoerência, contudo, se justifica pela necessidade, absolutamente compreensível, de se evitar o endividamento do Estado ou dos usuários com base em taxas de remuneração tão elevadas quanto as previstas nos contratos em questão.

O Exemplo 3, se admitido que não haveria alternativa para compensar a não realização dos reajustes – hipótese esta falsa, pois há espaço para redução dos custos de operação dos ônibus, como, por exemplo, por meio da eliminação do emprego dos cobradores –, ilustra situação na qual a única forma de reequilíbrio era o emprego de recursos públicos (subsídios). A impossibilidade de outorga do direito de cobrar tarifas é patente, posto que a causa do desequilíbrio foi, justamente, a não concessão de reajuste tarifário. Ademais, dado o elevado peso dos custos operacionais e a irreversibilidade dos equipamentos empregados na prestação dos serviços, não se poderia postergar o aumento para ocasião em que os investimentos estivessem pagos, como foi possível no caso das incidências tributárias do Exemplo 1.

No âmbito do Exemplo 3, assim, a principal questão que se coloca diz respeito ao subsídio público do custo operacional do transporte público no montante capaz de compensar a perda

de receita tarifária. Naturalmente, esse recurso público é escasso e seu emprego em outras atividades, mesmo que relacionadas ao transporte público (corredores, VLTs etc.), provavelmente encontraria fundamentos mais sólidos.

Os dois últimos exemplos, enumerados como 4 e 5, são mais complexos. Se ignorados os efeitos perversos de sinalizações econômicas inadequadas (baixas tarifas em situações de demanda crescente e oferta reduzida), pode-se admitir que a causa de ambas as situações de desequilíbrio é a mesma, vez que a escassez hídrica prejudica tanto a produção de água na Região Metropolitana de São Paulo e adjacências, quanto a geração de energia hidroelétrica no País. Em ambos os casos, inegável que se elevam os custos de produção de água e de energia, seja em função dos investimentos adicionais necessários, seja em função de maiores custos operacionais (operação de usinas térmicas para geração adicional de energia elétrica e de sistemas adicionais de bombeamento para extração de volumes mortos de água). Também, em ambos os casos, se verifica perda de receita para as concessionárias, principalmente no caso do abastecimento de água.

Situações como essas exigem elevação das tarifas, tanto com o intuito de assegurar recursos necessários para a realização dos investimentos e para se arcar com os custos operacionais adicionais, quanto para sinalizar adequadamente a escassez. Em ambos os casos, contudo, não foi essa a solução adotada no primeiro momento.

No que tange à elevação dos custos de geração de energia elétrica (Exemplo 4), embora caiba às distribuidoras apenas repassá-los ao consumidores, optou-se por represar esses aumentos, concedendo às distribuidoras empréstimos bilionários para viabilizar o pagamento dessas contas junto às geradoras, a juros do mercado de curto prazo (CDI, mais 1,9% e, numa segunda operação, 2,35%).

Nunca foi esclarecido com qualquer grau de precisão quem pagaria esses empréstimos. Sem que se tenha sequer indicado qualquer capacidade do Tesouro de assumir esses custos, ao longo do ano de 2014, cogitou-se levemente a aplicação de recursos públicos, pelo menos até que passasse a eleição. Passada a eleição, foi anunciado que o pagamento desses empréstimos deverá ser realizado exclusivamente por meio do aumento de tarifas.

Necessário ressaltar, ainda, que o aumento tarifário provavelmente dar-se-á por meio de mecanismo denominado Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), que, sempre que aplicado, tem implicado subsídio tarifário das regiões norte e nordeste pelas regiões sul, sudeste e centro-oeste. Portanto, os custos envolvidos para os usuários das regiões

financiadoras dos subsídios podem ser ainda maiores que aqueles que se espera pela indicação das taxas acima. Não há razões gerais capazes de fazer com que esses últimos usuários concordem com a rolagem desses custos nos termos em que proposta pelo Governo Federal.

No que tange à produção de água (Exemplo 5), optou-se, inicialmente, em fevereiro de 2014, pela concessão de desconto tarifário para os consumidores que reduzissem o consumo, sem que se tenha estabelecido quem é que arcaria com esse custo. Em janeiro de 2015, em razão da persistência da crise hídrica, o regulador autorizou o concessionário a aplicar *Tarifa de Contingência* (multa) para os usuários já abrangidos pelo Programa de Incentivo à Redução no Consumo de Água que ultrapassassem determinados valores médios de consumo. Embora essas medidas tenham colaborado com a redução do consumo, elas – principalmente a primeira¹³ – prejudicaram sensivelmente o caixa da prestadora de serviços, ampliando o **desequilíbrio econômico-financeiro da concessão já sofrido pela Companhia em função das restrições da capacidade de oferta e da redução normal do consumo.**

Destarte, com fundamento em regra que assegura à concessionária a revisão extraordinária das tarifas (cl. 53, “f”, do Contrato celebrado com a Capital, por exemplo) – caso este em que deverá ser compensada mediante o provável emprego do WACC definido pela ARSESP (próxima a 8%, mais inflação) –, em 06 de março de 2015, a Sabesp apresentou à ARSESP pleito de Revisão Tarifária Extraordinária, com o fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro da empresa, o qual foi atendido parcialmente pela agência reguladora, permitindo-se a cobrança de tarifas adicionais de 6,9154%¹⁴, para compensar a “redução no volume faturado” e o aumento das tarifas de energia elétrica¹⁵.

Ainda que não tenha requerido reequilíbrio para compensar todos os prejuízos que teve, como, por exemplo, os “bônus” tarifários concedidos, a Companhia vem defendendo publicamente que as medidas de reequilíbrio autorizadas pela ARSESP – inferiores às requeridas – não são suficientes para compensar os desequilíbrios sofridos e objeto de pleito de reequilíbrio¹⁶.

¹³ Apenas os “bônus” para redução do consumo tiveram um custo, em 2014, superior a R\$ 370 milhões (conforme noticiado por matérias dos jornais EIPais (http://brasil.eipais.com/brasil/2015/04/01/politica/1427909454_574837.html) e Estadão (<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,com-a-crise-lucro-da-sabesp-cai-pela-metade-e-rodizio-nao-esta-descartado,1658724>).

¹⁴ Tarifa autorizada pela Deliberação ARSESP nº. 561, disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/LegislacaoArquivos/ldl5612015.pdf>.

¹⁵ Não foram pleiteados reequilíbrios relativos a novos investimentos realizados.

¹⁶ Em entrevista concedida ao jornal SPTV - 1ª edição, da TV Globo, o atual presidente da Sabesp, Jerson Kelman, alegou que o reajuste concedido pela ARSESP foi insuficiente, ocasionando, desta forma, a postergação de algumas obras de saneamento previstas para serem iniciadas em 2015. <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/05/sabesp-diz-que-vai-adiar-obras-de-saneamento-apos-reajuste-menor.html>
<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,com-reajuste-menor-que-o-pedido-sabesp-vai-atrasar-obras,1681850>

Importante observar que, no caso do saneamento básico oferecido pela Sabesp, há, pelo menos no âmbito do arranjo estabelecido com o Estado e a Capital, regra explícita segundo a qual todo desequilíbrio econômico-financeiro será resolvido por meio de tarifas. Neste contexto, há que se indagar até que ponto fez sentido iniciar o enfrentamento da crise hídrica apenas com a concessão de descontos se, ao final, haveria necessidade de aumento de tarifa para se compensar a “perda de faturamento”.

Nesse contexto, provavelmente teria sido mais proveitoso ter-se iniciado mais cedo a aplicação da tarifa de contingência anunciada pelas autoridades apenas após um ano do início da concessão de descontos, medida essa que, se bem dosada, teria evitado ou ao menos amenizado o desequilíbrio verificado, evitando-se que os próprios beneficiários do desconto agora arquem com tarifa adicional (6,9154%) destinada a reequilíbrio.

Não é difícil perceber, no âmbito dos Exemplos 4 e 5, que as decisões adotadas foram nitidamente influenciadas pelo jogo político – que provocou uma postergação de medidas supostamente desagradáveis para os consumidores, adotadas apenas após as eleições nacionais e estaduais –, tampouco que os consumidores, se devidamente informados e esclarecidos de que teriam que arcar posteriormente com os custos desses desequilíbrios por meio do aumento de tarifas, talvez não tivessem concordado em postergar um aumento necessário, financiando-o às taxas indicadas, para, futuramente, ter um aumento maior ainda.

Em especial no caso do Exemplo 4 e tal como no caso do Exemplo 1, custos operacionais parecem ter sido financiados por meio dos contratos de concessão, e não apenas os investimentos em infraestrutura que tivessem por propósito beneficiar sucessivas gerações. É de se ressaltar, ainda, que se o próprio governo tomasse esses empréstimos com o fim de financiar (postergar!) custos operacionais e, com os recursos poupados, tivesse subsidiado as tarifas de energia elétrica ora analisadas, certamente incorreria em violação à Lei de Responsabilidade Fiscal, que apenas permite o endividamento público em prol de despesas de capital.

Tal como no caso do Exemplo 1, os governos fizeram com o bolso dos usuários dos serviços aquilo que não devem fazer com seu próprio bolso.

Sob o ponto de vista da coerência e da neutralidade, não se pode dizer que viemos empregando da melhor forma os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro. Esses, ao invés de serem direcionados ao simples fim de neutralizar os desequilíbrios, tem sido empregados de forma que permite inúmeras outras transferências de rendas, fazendo-nos

lembrar das palavras de Ulrich Beck no sentido de que “[u]m paradoxo central da sociedade do risco é que esses riscos são gerados pelos processos de modernização que tentam controlá-los”¹⁷.

Sob o prisma da neutralidade, o Reequilíbrio pode ser desequilibrador.

Limites à discricionariedade do Poder Concedente quanto à forma de reequilíbrio

Ainda que não haja sempre regras claras sobre as opções dos nossos governantes no que tange às escolhas sobre as formas de reequilíbrio, não podemos nos esquecer de que, “[...] como legisladores democráticos, os cidadãos não podem fechar-se às exigências informais que resultam de uma orientação pelo bem comum”¹⁸.

Embora a filosofia política de Habermas não seja fonte do direito, no primeiro ano da faculdade de direito costuma-se aprender que, segundo o art. 5º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁹, **“na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”**. Não falta, assim, fundamento jurídico para que haja efetiva repressão a opções de reequilíbrio que afrontem o princípio republicano.

Desnecessário empreender muito esforço para perceber que os contratos de concessão não se prestam à transferência de tributos ou benefícios tarifários incorridos ou gozados pela geração atual para as futuras, tampouco para permitir que, para economizar 100, faça o usuário gastar mais de 200. É muito improvável que desequilíbrios decorrentes de impactos tributários que afetem a geração atual, investimentos em ativos de longo prazo, benefícios tarifários e escassez hídrica devam ser compensados pela mesma via.

Ao que nos parece, o efetivo direcionamento da república para o bem comum não se realiza se falta publicidade, transparência, motivação (explicitação dos motivos legais e fáticos das decisões) e *accountability*.

Como nos esclarece J. Luis Guasch, ao indicar os elementos de uma boa modelagem de contratos de concessão:

“Claims for renegotiation should be reviewed as transparently as possible, possibly through external, professional panels to assist regulators and governments in their

¹⁷ “Politics of Risk Society”, in The Politics of Risk Society – Edited by Jane Franklin. Polity Press e Institute for Public Policy Research, London, 1998, p. 10

¹⁸ [Inserir Fonte]

¹⁹ Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

analysis and decisionmaking. Any adjustments granted should be explained to the public as quickly as possible.”²⁰

Essa, infelizmente, nem sempre tem sido a postura de nossos governos.

EPÍLOGO

A busca desse mais amplo diálogo com a sociedade afetada pelo contrato de concessão é o único mecanismo efetivamente capaz de amenizar os problemas identificados neste texto. Será melhor progredir, pois, considerando as relações de longo prazo inerentes às concessões, não se poderá impedir que, no futuro, áreas previamente imunes ao debate público venham a ser ocupadas pelos interessados, circunstância na qual opções passadas equivocadas poderão ser questionadas e até mesmo modificadas.²¹

Ainda que, no curto prazo, possa parecer que eventuais indagações, explicações ou consultas públicas sobre temas aparentemente complexos, como sobre a escolha da forma de reequilíbrio, não estão a encontrar espaço na sociedade, servirá o alerta de Luhmann, para quem

*“Provavelmente é aconselhável cultivar canais de comunicação paralelos e muito distintos que possam funcionar independentemente de os participantes poderem, e da extensão em que podem, mutuamente, reconstruir o universo de suas observações.”*²²

Não devemos subestimar a capacidade dos cidadãos-consumidores de interferir na formação do bem comum, interferência essa que certamente modificará a forma de gerir as PPP's e as concessões. Continuamente, deveremos buscar construir *frameworks* capazes de gerir os prováveis conflitos entre a responsabilidade fiscal dos governos, de um lado, e, de outro, tanto os interesses pós-modernos – muitas vezes expressados por vozes polifônicas das classes mais abastadas –, quanto os interesses ainda modernos – geralmente presentes nos uníssonos anseios da Sociedade, muitas vezes ainda não assegurados às camadas mais pobres.

²⁰ “Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing it Right”; WBI DEVELOPMENT STUDIES; The World Bank Washington, D.C.; 2004, p. 36

²¹ “[...] áreas previamente despolitizadas dos processos de tomada de decisão estão se tornando politizadas através da percepção do risco, e devem ser abertas ao escrutínio público e ao debate. Decisões econômico-corporativas, agendas de pesquisa científica, planos para desenvolvimento de novas tecnologias devem ser todos abertos até um processo generalizado de discussão, e um sistema legal e institucional deve ser desenvolvido para sua legitimação democrática.

[...] Para mim, a democracia técnica (ou ecológica) é a utopia de uma modernidade responsável, uma visão de sociedade na qual as consequências do desenvolvimento tecnológico e a mudança econômica são debatidas antes de decisões chaves serem tomadas.” (BECK, Ulrich., “Polites of Risk Society” in The Polites of Risk Society. Org. Jane Franklin. Polity Press e Institute for Public Policy Research: London, 1998, p. 21)

²² LUHMANN, Niklas. “Risk: a sociological theory”, Transactions, New York, 1993 - 2a reimpressão de 2006, p. 231)

Devido ao interesse público inerente à escolha das formas de reequilíbrio dos contratos de concessão, deveremos ser capazes de aprimorar nossas instituições, capacitando-as para, ao executar a função de “**controladoria do interesse público**”, articular os complexos interesses do Estado e da Sociedade. Afinal, como nos disse John Stuart Mill,

*"Lembremos [...] que as instituições políticas são obra dos homens [...] Não acordaram os homens em manhã de estio para com elas deparar completas. Nem se assemelham às árvores que, uma vez plantadas, <estão sempre a crescer>, enquanto os homens <estão a dormir>. Em qualquer estágio da existência são o que são pela actuação voluntária do homem."*²³

²³ O governo representativo. Editora Arcádia, 1967.p. 10.