

O caso dos contratos “irreequilibráveis” de concessão comum e PPP: O que fazer quando não há nada mais a fazer?

Andre Martins Bogossian¹

1. Introdução

A crise econômica que levou à pior recessão da história recente do Brasil afetou significativamente o setor de infraestrutura. E os serviços públicos prestados por meio de concessões² não foram exceção. Ao mesmo tempo em que o governo - em todas as esferas federativas - perdeu sua capacidade de investimento, houve sensível retração na demanda por parte dos usuários. Nesse contexto, muitos contratos tornaram-se, ao longo de sua vigência, na prática, “irreequilibráveis”, já pedindo escusa ao leitor pelo uso do neologismo, que, nesse caso, me parece necessário.

O objetivo deste breve artigo é apenas chamar atenção para esse fenômeno, destacando que há contratos de concessão que não possuem uma solução de reequilíbrio que seja ao mesmo tempo técnica e politicamente viável.

A legislação (arts. 9º e 10 da Lei 8.987/95 e arts. 58, §§ 1º e 2º, e 65, da Lei 8.666/93) estabelece o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por isso, o

¹ Advogado especializado em Direito Público, com foco em questões ligadas à estruturação e regulação de projetos de infraestrutura, associado a Portugal Ribeiro Advogados (andre@portugalribeiro.com.br). Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio.

Agradeço a Mauricio Portugal Ribeiro pelas discussões que originaram este artigo e por sugestões de conteúdo e forma em versão preliminar do texto. Eventuais erros e omissões são de minha exclusiva responsabilidade.

² Nas espécies concessão comum, com fundamento na Lei 8.987/95, ou parceria público-privada (“PPP”), compreendendo as concessões patrocinadas e administrativas, com fundamento na Lei 11.079/04. Serão neste artigo tratadas em conjunto como “concessão”, exceto quando necessária sua diferenciação.

reequilíbrio, uma vez reconhecido, caracteriza uma dívida contratual entre as partes do contrato, que pode ser paga por qualquer meio admitido em direito.³

Na próxima seção, passarei em revista os meios mais comuns para reequilibrar um contrato de concessão apenas para mostrar que, em muitos casos, é inviável a sua utilização. Em seguida, na seção 3, mostrarei as consequências da situação de impossibilidade prática de reequilibrar tais contratos e como os meios de extinção contratual nesses casos também são inviáveis ou absolutamente indesejáveis da perspectiva técnica, econômico-financeira e política. Na seção 4, apresento como solução para a impossibilidade prática de reequilibrar o contrato o poder-dever de renegociação entre concessionária e Poder Concedente. Concluo de forma objetiva na seção 5.

2. As dificuldades em reequilibrar os contratos utilizando as formas de reequilíbrio usuais

Iniciarei pelo único meio de reequilíbrio com previsão legal expressa, no artigo 23, IV da Lei 8.987/95: a revisão tarifária. Em inúmeros casos, aumentar o valor da tarifa simplesmente não é uma opção viável à concessionária pois isso afeta a demanda pelo serviço de forma bastante relevante. A revisão pode ou gerar protestos, revolta e vandalismo (pressionando o Poder Concedente a reverter o acréscimo tarifário), ou gerar uma redução tal da demanda que o aumento da tarifa simplesmente não terá o efeito de aumento da receita da concessionária apto a compensá-la pelo desequilíbrio.⁴ Em qualquer dos casos, a prestação do serviço e cobrança de tarifa resta prejudicada de maneira que a concessionária não obterá na prática o reequilíbrio do contrato.

A segunda opção é a indenização à vista à concessionária. Na realidade dos contratos de concessão, o Poder Concedente nunca reembolsa a concessionária à vista, seja porque o processo orçamentário torna essa opção difícil ou porque há o risco de um ônus reputacional muito grande para os agentes políticos em relação à percepção da população de que tais recursos seriam melhor empregados em outros setores, como os de saúde e educação. Diante do atual cenário de crise econômica, de ajuste fiscal, de desgaste reputacional de toda a classe política e das relações público-privadas após revelações da Operação “Lava Jato”, bem como do temor paralisante que se instaurou nos agentes

³ Alguns contratos enumeram as formas de pagamento pelo reequilíbrio. Essas enumerações, contudo, devem ser sempre entendidas como não taxativas em vista do direito das partes ao reequilíbrio dos contratos.

⁴ Na teoria sobre os impactos do valor da tarifa sobre a demanda fala-se de fuga e impedância. No primeiro caso, o usuário utiliza o serviço, mas evade a cobrança da tarifa. Trata-se de cenário comum nas concessões rodoviárias, em que não é raro haver rotas de fuga próximas às praças de pedágio. Já nos casos de impedância, o usuário simplesmente deixa de utilizar o serviço, como nas concessões de mobilidade urbana em que há competição entre diversos modais. Em ambos os cenários, a revisão da tarifa não reequilibra efetivamente o contrato, econômica ou financeiramente.

públicos em relação aos controles da Administração Pública, essa opção é praticamente impossível de ser implantada.

Ainda tratando das opções pecuniárias, há a possibilidade de aumento do valor da contraprestação ou aporte público, no caso de PPPs, ou a redução do valor da outorga para as concessões comuns que a adotam. Apesar de serem em tese opções possíveis, na prática, a sua viabilidade é praticamente nula, pelos mesmos motivos orçamentários (para a variação do valor da contraprestação ou aporte) e reputacionais (em todos os casos) mencionados para o pagamento à vista do valor indenizatório.

Outra solução comumente adotada é a extensão de prazo. O problema nesse caso é que, por vezes, há uma limitação legal – como nas PPPs – ou contratual ao prazo máximo do contrato, aí incluindo suas extensões. Por mais que seja possível argumentar que tais limites deveriam ser aplicados somente às prorrogações discricionárias e não às extensões de prazo como forma de reequilíbrio, as burocracias estatais e os órgãos de controle continuam confundindo essas duas figuras jurídicas e dessa forma limitando as possibilidades de extensão de prazo do contrato.⁵

A seguir, tem-se a opção de realizar a alteração do escopo do contrato de concessão, para retirar ou reprogramar obrigações originalmente atribuídas à concessionária. Trata-se de medida que, em tese, poderia promover um reequilíbrio completo, econômico e financeiro, a depender do volume de investimentos que seriam retirados ou postergados. Contudo, em diversos contratos – seja por concentrarem a fase de investimentos nos primeiros anos, seja simplesmente por serem contratos mais antigos – já não há mais obrigações substantivas a serem retiradas ou reprogramadas, pois a concessionária já as realizou, restando somente investimentos secundários ou marginais e os custos operacionais.

Similarmente, há a possibilidade de redução dos níveis de serviço, que também pode mitigar ou postergar dispêndios da concessionária. Contudo, trata-se de medida que possui um custo reputacional relevante para os agentes públicos que a determinarem, considerando que a redução dos níveis de serviço a ser imediatamente realizada pela concessionária muitas vezes é perceptível aos usuários e, ao fim e ao cabo, conflita com o interesse público em ter um serviço público de qualidade sendo prestado.

Outras formas de reequilíbrio mais raras na prática porque requerem em regra autorização legislativa – como a compensação do desequilíbrio com créditos tributários ou mesmo a concessão de isenções fiscais pelo próprio Poder Concedente – esbarram também na situação de crise fiscal e nos limites impostos aos estados que adotam ou

⁵ Além disso, trata-se frequentemente de um reequilíbrio incompleto. Ou seja, mesmo quando seja possível realizar a extensão de prazo, ainda que o contrato seja reequilibrado na perspectiva econômica, com a manutenção da taxa interna de retorno do projeto, a extensão de prazo deixa o contrato desequilibrado financeiramente no curto prazo. Em muitos casos, esse desencaixe provocado pelo desequilíbrio financeiro é fatal ao contrato de concessão.

venham a adotar o Regime de Recuperação Fiscal da Lei Complementar federal 159/2017.

Some-se a esses obstáculos inerentes a cada uma das formas de reequilíbrio o receio que muitos gestores possuem de serem penalizados pelos órgãos de controle externo ao procurar adotar soluções que escapem da literalidade dos contratos ou que meramente divirjam da interpretação dada por tais órgãos. O já identificado fenômeno do “apagão decisório”⁶ dificulta ainda mais saídas negociais.

O que vem ocorrendo é simplesmente a postergação desses reequilíbrios por parte de Poderes Concedentes e agências regulatórias. Isso faz com que os contratos acumulem desequilíbrios e esses tornem-se cada vez mais inviáveis de serem saneados. Tendo em conta que o desequilíbrio tem natureza de dívida contratual, o atraso na sua realização funciona como um empréstimo de recursos tomado pelo Poder Concedente à concessionária e, como tal, deveria ser remunerado pela taxa de rentabilidade prevista no caso base do plano de negócios da concessão.⁷

O atraso em realizar o reequilíbrio pode, além disso, em muitos casos, levar à deterioração da capacidade econômico-financeira da concessionária, afetando tanto a sua capacidade de investimento quanto a capacidade de cobrir os seus custos operacionais, o que aumenta as chances de inadimplemento contratual de sua parte.

3. E o que acontece se o contrato simplesmente não for reequilibrado?

A capacidade de um contrato para suportar esse processo de deterioração irá depender de alguns fatores. Por exemplo, contratos com taxas efetivas de retorno mais altas podem passar períodos maiores de tempo sem que ocorra a deterioração das condições de adimplemento do contrato. Nesse sentido, note-se que, rigorosamente, se a deterioração das condições de investimento do contrato decorre da não realização do reequilíbrio por parte do Poder Concedente, caso haja descumprimentos contratuais por causa dessa deterioração, em tese isso não deveria levar à penalização da concessionária. Contudo, essa não é a realidade vista no setor, com gestores – muitas vezes por receio dos órgãos de controle – optando pela instauração de procedimentos sancionadores mesmo quando os descumprimentos da concessionária são consequência de ações e omissões do Poder Concedente.

⁶ Ver o artigo do ministro Bruno Dantas do TCU no jornal O Globo, disponível em <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>.

⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. *O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa?* Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-atraso-em-reequilibrar-concessoes-e-ppp-como-improbidade-administrativa-publicado2-em-13-09-2015.pdf>.

Uma das consequências possíveis de desequilíbrios continuados e que resultam em perda das condições de cumprimento do contrato pela concessionária é a decretação de caducidade, que é forma de extinção do contrato por culpa da concessionária. Prevista no artigo 38 da Lei nº 8.987/95, a caducidade é usualmente reservada para situações em que há relevantes descumprimentos pela concessionária.⁸ Contudo, nos contratos em que a não realização dos reequilíbrios leva à perda da capacidade de cumprimento das obrigações contratuais pela concessionária, segue-se, geralmente, a aplicação pelo Poder Concedente de diversas sanções e, possivelmente, após um longo litígio administrativo e/ou judicial entre as partes, a decretação da caducidade. Neste cenário, a caducidade é um sintoma fatal da deterioração da prestação do serviço público concedido. Além disso, é necessário questionar: o que se segue à caducidade nesses casos? Terá o Poder Concedente - que sequer tem capacidade para reequilibrar o contrato - condições de assumir a prestação dos serviços? Terá ele recursos materiais e humanos para prestar o serviço de um modo adequado após a assunção? Claramente, é francamente contrária ao interesse público a decretação de uma caducidade provocada na sua origem pelo descumprimento do Poder Público da sua obrigação de reequilibrar o contrato, que leva ao cenário descrito de deterioração das condições de prestação dos serviços.

A encampação é a forma de extinção antecipada do contrato por motivo de interesse público, ou seja, quando o Poder Concedente opta por retomar a concessão a seu critério de conveniência e oportunidade, sem que tenha necessariamente ocorrido um descumprimento contratual pela concessionária. A encampação também não é medida viável pois a nossa lei de concessões exige indenização à concessionária e autorização legislativa prévias (artigo 37 da Lei 8.987/95). A indenização, nesse caso, compreenderia o montante de desequilíbrio somado aos investimentos não amortizados. Além do custo reputacional de pagar esse tipo de indenização, se não há verbas para o pagamento direto apenas da dívida de desequilíbrio, também não se pode considerar plausível a indenização prévia à encampação, que incluiria também a parcela relativa aos investimentos não amortizados.

A rescisão judicial, por sua vez, é forma de extinção do contrato quando há descumprimento contratual do Poder Concedente. Como nos contratos administrativos (dentre os quais os de concessão) entende-se inaplicável a cláusula de exceção de contrato não cumprido⁹ por parte do parceiro privado, resta-lhe ir a juízo demandar a rescisão contratual, nos termos do artigo 39 da Lei 8.987/95. Esse mecanismo tem como inconveniente para a concessionária o fato de que somente poderia encerrar a atividade

⁸ Apesar de a lei textualmente não fazer essa distinção quanto à gravidade da pena de caducidade, orientando sua aplicação aos casos mais relevantes. Sobre o tema, conferir RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Caducidade de concessões e PPPs: notas sobre a conveniência e oportunidade da decisão para instauração do processo e sobre as formalidades para tanto*. Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/artigo-sobre-caducidade-mauricio-portugal-ribeiro-em-07-12-2017.pdf>.

⁹ Quando, em função do descumprimento contratual de uma das partes, a outra pode escusar-se a cumprir o que lhe cabia. Trata-se de norma aplicável no âmbito do direito privado e prevista no artigo 476 do Código Civil. Sua inaplicabilidade no âmbito dos contratos administrativos é considerada uma das cláusulas exorbitantes que os diferenciam dos acordos privados.

de execução do serviço público após o trânsito em julgado da decisão judicial¹⁰ – o que pode levar bastante tempo – e o fato que as eventuais indenizações seriam pagas por precatório judicial. Assim, não se considera plausível sua utilização pelas concessionárias nesses casos.

Ainda, há de se cogitar a devolução do projeto pelas concessionárias para relicitação, quando possível – por exemplo, caso enquadráveis nos termos da Lei 13.448/17. É questionável se a mecânica similar de devolução para relicitação poderia ser acordada caso a caso entre as partes para aqueles contratos que não possam se submeter ao regime da Lei 13.448/17. Nessa hipótese, se for seguida a lógica da lei referida, a nova concessionária assumiria, nas condições previstas no edital de relicitação, a obrigação de pagar pelo menos uma parte das indenizações devidas pelo Poder Concedente à concessionária atual. Aqui o principal problema é a capacidade de decisão do Poder Concedente. Note-se que no âmbito da União já se passa quase um ano desde que foram feitos os primeiros pedidos de devolução de concessões de rodovias e aeroportos, sem que o Governo tenha sequer aprovado a regulamentação para isso. Haverá certamente deterioração acentuada do serviço no período entre a decisão pela atual concessionária de devolução do projeto e a assunção pela nova concessionária, passando pela realização dos estudos e a relicitação. É importante lembrar que a concessionária do Aeroporto de Viracopos, que requereu a devolução do aeroporto para relicitação logo após a aprovação da Lei 13.448/17, foi forçada a pedir recuperação judicial antes que o Poder Concedente sequer começasse a apreciar o seu pedido.

Todas essas hipóteses, como demonstrado, são ou inviáveis na prática ou indesejáveis do ponto de vista do interesse público – pelo dispêndio com as indenizações cabíveis e/ou com a deterioração da prestação de serviços. No próximo item, apresento a solução mais adequada para o caso.

4. O dever de renegociar o contrato

Parece-me que a melhor solução para os problemas apontados acima, nos casos dramáticos em que não há opções viáveis de reequilíbrio ou extinção contratual, é a renegociação das bases contratuais, uma reestruturação do contrato para adequá-lo à sua nova realidade, às mudanças havidas no seu ambiente econômico. Tal renegociação deve ser entendida como uma obrigação; um poder-dever do Poder Concedente em adequar o contrato para viabilizar sua continuidade.

Justifica-se de duas formas o interesse público na renegociação dos contratos de concessão que não possuem solução viável do ponto de vista econômico-financeiro,

¹⁰ Note-se que em grande parte as burocracias estatais continuam a entender que o pedido de rescisão não pode ser feito pela concessionária perante corte arbitral. Vide, nesse sentido, o artigo 3º, IV, da minuta de resolução da ANTT disciplinando os processos de autocomposição e arbitragem naquela agência, recentemente colocada em audiência pública (Aviso de audiência pública 04/2018).

político ou técnico para o seu reequilíbrio. A primeira, com fulcro no princípio da continuidade do serviço público - também chamado princípio da permanência - presente no artigo 6º, §1º da Lei nº 8.987/95. Na mesma linha, recorrendo-se à teoria geral dos contratos, há suporte no princípio da conservação dos negócios jurídicos e na boa-fé objetiva, constante do artigo 422 do Código Civil, e que possui entre seus corolários o dever de colaboração entre as partes contratuais.

Contudo, como indicado anteriormente, não é raro ver na prática uma postura refratária a esse tipo de solução por parte de gestores públicos, decorrente de uma inadequada interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público, que faz dele uma barreira impeditiva a qualquer renegociação de contratos administrativos. Diz-se inadequada porque a indisponibilidade do interesse público significa apenas que os interesses pertencentes à coletividade não se colocam sob a livre disposição do gestor público, e que ele deve atuar segundo os comandos de juridicidade impostos pelo ordenamento jurídico. Dentre esses comandos está o dever de eficiência na gestão pública, previsto no artigo 37, *caput* da Constituição Federal. Ou seja, sob o discurso de proteção do interesse público e de sua indisponibilidade, muitas vezes corre-se o risco de descartar a solução mais eficiente, que no caso é a renegociação contratual.¹¹ Ademais, se os interesses públicos envolvidos na renegociação fossem por sua natureza de fato indisponíveis, não seria permitido até mesmo aos administradores que celebrassem esses contratos ou seus termos aditivos em primeiro lugar, visto que a própria modelagem inicial de um contrato e suas alterações posteriores representam uma forma de disposição de direitos.¹² Trata-se, portanto, de interpretação absurda do escopo do princípio da indisponibilidade do interesse público e que deve ser rechaçada.

Chega-se então à segunda justificativa para o interesse público na renegociação de tais contratos, essa afeta à esfera patrimonial da Administração Pública e dos usuários. Se o Poder Concedente tem uma obrigação jurídica de fazer o que de modo mais relevante impactaria o Erário (obrigação de pagar a dívida contratual decorrente dos desequilíbrios) há de poder-dever fazer o que menos impacta os cofres públicos (renegociar a reestruturação do contrato para reequilibrá-lo, ainda que parcialmente). Isso porque a alternativa à renegociação é, como visto, a acumulação indefinida de uma dívida contratual extremamente cara, eis que remunerada pela taxa de rentabilidade prevista no caso base do plano de negócios ou nas regras sobre fluxo de caixa marginal da concessão. E essa dívida em algum momento deverá ser paga, de um modo ou de outro, pelo Poder Concedente ou pelos usuários na tarifa.

¹¹ Note-se, contudo, que uma maneira que os órgãos de controle possuem em tese para inviabilizar soluções como a renegociação seria passar a exigir, após de realizadas as renegociações, provas de que aquela era a opção mais vantajosa de um modo difícil de ser produzido pelo gestor público do contrato. Veja-se, nesse sentido, os requisitos impostos pelo TCU para as alterações qualitativas superiores a 25% de contratos administrativos, na linha estabelecida inicialmente na Decisão 215/99.

¹² RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Arbitragem, TCU e risco regulatório: se o TCU quiser contribuir para reduzir o risco regulatório precisa rever sua posição sobre arbitragem em contratos administrativos*. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/tcu-e-arbitragem-versao-preliminar-em-16-12-2014.pdf>.

Simplemente postergar indefinidamente o pagamento dos reequilíbrios remunerados a uma taxa de juros muito mais cara que as taxas de financiamento disponíveis ao setor público é conduta que pode inclusive ser vista, pelos órgãos de controle, como espécie de má gestão financeira dos recursos públicos, inclusive no que diz respeito à caracterização de improbidade administrativa,¹³ segundo os tipos previstos nos artigos 10, V e VI ou 11, II da Lei 8.429/92.¹⁴ Trata-se, assim, de mais uma razão pela qual a renegociação do contrato se impõe nesse cenário.

Estabelecidos o interesse público e o dever de viabilizar a continuidade do serviço da maneira mais eficiente por meio da renegociação do contrato, em tese, tal renegociação poderia ser pensada com base em dois mecanismos próprios do direito administrativo. Por um lado, como possibilidade inserida no âmbito do poder de alteração unilateral dos contratos administrativos para sua adequação ao interesse público (art 58, I, §2º da Lei 8.666/93). Por outro, como verdadeira renegociação de cláusulas econômicas (art 58, I, §1º da Lei 8.666/93).

Isso não significa, contudo, que a possibilidade de renegociação do contrato para viabilizar seu reequilíbrio seja uma carta branca aos gestores e concessionárias para livremente alterar os contratos de modo a desnaturá-los. Há certo consenso na doutrina de que contratos administrativos podem ser alterados desde que a alteração pretendida (i) seja necessária para se atingir a finalidade – i.e., o interesse público – que motivou a contratação; (ii) não implique violação à exigência constitucional de licitação prévia e ao princípio da vinculação objetiva ao instrumento convocatório, com frustração de processo competitivo –, o que requer (ii.a) que a necessidade da alteração pretendida tenha sido constatada posteriormente à data de celebração do contrato e que (ii.b) seja preservada a natureza do objeto contratual; (iii) observe o princípio da economicidade dos atos da Administração Pública; e (iv) não viole a equação econômico-financeira do contrato.

Aplicando-se os critérios teóricos dos contratos administrativos ao caso da renegociação dos contratos de concessão em comento, o atendimento ao item (i) significa que a renegociação deve ser suficiente para permitir a viabilidade do projeto da

¹³ RIBEIRO, Mauricio Portugal; MANDEL, Denise Nefussi. *O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa?*. Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-atraso-em-reequilibrar-concessoes-e-ppp-como-improbidade-administrativa-publicado2-em-13-09-2015.pdf>.

¹⁴ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Para uma análise pormenorizada do enquadramento de tais condutas na lei de improbidade, veja o artigo de Mauricio Portugal Ribeiro e Denise Nefussi Mandel citado *supra*.

concessão. Quanto a (ii), o atendimento ao item (ii.a) decorre praticamente inerentemente da situação descrita, posto que salvo raríssimos casos, os desequilíbrios ocorrem posteriormente à assinatura do contrato; já (ii.b) é requisito cuja verificação ocorrerá caso a caso, a depender do conteúdo da renegociação pretendida. O cumprimento de (iii) também pode ser considerado como logicamente inerente à situação exposta, visto que se houvesse mecanismo de reequilíbrio convencional mais econômico, não se poderia falar de contrato cujo reequilíbrio é verdadeiramente inviável. Por fim, (iv) também é requisito cujo atendimento é inerente ao caso exposto, considerando que a renegociação é necessária justamente para sanar as violações acumuladas ao equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Quanto à via em que pode ocorrer a renegociação, entendo ser possível que se realize nos três âmbitos, administrativo, judicial e arbitral.

Em seara administrativa porque, ao fim e ao cabo, a renegociação nada mais é que uma alteração contratual para reestabelecer uma situação de equilíbrio. Como tal, pode ser concretizada em aditivo ao contrato, cuja celebração é prática rotineira na gestão contratual entre concessionária e Poder Concedente, seja diretamente ou com intervenção de um órgão regulador. Trata-se de hipótese pouco plausível, considerando o cenário de indisposição que se encontra atualmente nas burocracias estatais para a realização de qualquer tipo de solução transacional com os parceiros privados.

Em sede judicial, tanto pela garantia constitucional de inafastabilidade de jurisdição¹⁵ quanto pelo fato de que se a concessionária pode pedir a rescisão contratual em juízo, também deveria poder instar a sua renegociação; concretização da máxima de que quem pode o mais, pode o menos. Um acordo judicialmente homologado seria o cenário mais favorável, caso houvesse interesse do Poder Público – o que é pouco comum, por todo o exposto – em solucionar a questão. Nos casos litigiosos, uma ação judicial demandando que o Poder Concedente renegocie as bases contratuais para recolocá-lo em nova situação de equilíbrio é possível demonstrando-se (i) o acúmulo dos desequilíbrios econômico-financeiros, (ii) a inviabilidade de recomposição efetiva pelos meios tradicionais de reequilíbrio e (iii) as consequências negativas de tal processo para a prestação do serviço e os cofres públicos. Trata-se de um caminho potencialmente longo e árduo até a satisfação da demanda, considerando a morosidade inerente aos processos judiciais e a falta de conhecimento em questões econômico-financeiras do Judiciário brasileiro, possivelmente agravadas caso os desequilíbrios ainda não tenham sido expressa e integralmente reconhecidos previamente ao ajuizamento da ação. Isso faria com que a controvérsia processual também abarque o estabelecimento do montante de desequilíbrio a ser saneado, e não somente a possibilidade de renegociação do contrato.¹⁶

¹⁵ Art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

¹⁶ Nesse sentido, merece destaque a ação ajuizada pela Concessionária Rodovia Sul-Matogrossense (CCR MSVia) contra a União e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), pleiteando a revisão dos termos do contrato de concessão do trecho de 845 quilômetros da rodovia BR-163/MS, ou a rescisão

Por fim, entendo ser plenamente possível que a renegociação também se dê em sede arbitral. Isso porque, como exposto, a renegociação do contrato decorre unicamente da acumulação de desequilíbrios econômico-financeiros. Conforme estabelecido anteriormente nesta seção, não há que se utilizar uma leitura inadequada do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos para obstar sua realização; trata-se na verdade de controvérsia sobre direitos patrimoniais disponíveis tanto do Poder Concedente quanto da concessionária. Tanto é que a arbitrabilidade de questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos já foi inclusive reconhecida judicial¹⁷ e legalmente.¹⁸ As vantagens do procedimento arbitral decorrem de sua maior celeridade e a especialização e independência dos árbitros, que podem ser escolhidos em vista da sua especialidade nos temas objeto de conflito entre as partes.

5. Conclusão

O objetivo deste breve artigo foi destacar a existência de uma figura até então ignorada pelo direito administrativo brasileiro: os contratos de concessão – nas modalidades comum e PPPs - irreequilibráveis.

Procurei mostrar que há casos em que os meios tradicionais de reequilíbrio econômico-financeiro não são efetivos fazê-lo de maneira completa ou simplesmente não são viáveis jurídica ou politicamente. Em outros termos, ou os meios tradicionais não reequilibram o contrato econômica e também financeiramente, ou simplesmente não se vislumbra como plausível ou até mesmo racional sua utilização na prática, considerando os fatores políticos e econômicos que permeiam a relação de longo prazo que é fundada em um contrato de concessão.

Apresentei as consequências da acumulação progressiva de desequilíbrios e da inexistência de meio hábil a saná-los, que levam quase que invariavelmente à deterioração das condições de cumprimento do contrato. Nessa linha, os cenários de caducidade, encampação, rescisão judicial ou devolução para relicitação foram rechaçados um a um, mostrando-se também sua inviabilidade prática ou inadequação relativa ao interesse público.

A solução proposta para dar conta da progressiva impossibilidade de reequilibrar o contrato foi o dever de renegociação do contrato de concessão. Refutei eventuais argumentos que poderiam ser levantados contra a renegociação, calcados em uma leitura indevida do princípio da indisponibilidade do interesse público, e apresentei os fundamentos da juridicidade de sua celebração – por um lado, a continuidade do serviço

contratual. Em um cenário diverso, sem as questões institucionais que dificultam as saídas negociais, trata-se de caso que poderia resultar em um acordo entre as partes.

¹⁷ STJ, Terceira Turma, REsp 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011, DJe 28.02.2012.

¹⁸ Art 31, §4º, I da Lei 13.448/17. O fato de a citada lei possuir escopo limitado a certos contratos de parceria, como tal reconhecidos, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal não significa que os desequilíbrios econômico-financeiros nos demais contratos de concessão não sejam também questão afeta a direito patrimonial disponível. Isso porque a caracterização decorre não do reconhecimento legal, mas da própria natureza jurídica de tais questões.

público, a manutenção dos negócios jurídicos, o dever de colaboração contratual decorrente da boa-fé objetiva; por outro, o fato que a renegociação contratual é o único meio capaz de impedir a acumulação de uma dívida extremamente cara para o Poder Público e para os usuários, que inclusive poderia ser vista pelos órgãos de controle externo como administração improba dos recursos públicos por parte dos agentes responsáveis pela gestão contratual.

Assim, ainda que, como narrado, não se vislumbre em tese um ambiente propício a repactuações no âmbito administrativo, a renegociação contratual nas bases expostas poderia ser demandada em sede arbitral ou judicial para viabilizar o reequilíbrio e a manutenção do contrato de concessão que se afigure irreequilibrável.