

O USO DE CONTAS VINCULADAS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO: ESTRUTURAÇÃO, FINALIDADE E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Glenderson Blaser Petarli¹

Guilherme Martins Pellegrini²

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – A face prática do equilíbrio econômico-financeiro; 3 – A instituição de contas vinculadas nos recentes contratos de concessão rodoviária do estado de São Paulo; 3.1 – Contratos de Concessão n° 352/Artesp/2017 e n° 359/Artesp/2017; 3.2 – Contrato de Concessão n° 0409/Artesp/2020; 4 – Fundamentos jurídicos; 4.1 – A outorga como fonte de recurso das contas; 4.2 – O uso de bancos privados para operacionalização das contas; 4.3 – O respeito aos princípios orçamentários e o aval dos órgãos de controle; 5 – Como um sistema de contas vinculadas potencializa as alternativas de estruturação de concessões; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Ante a projeção de que aumentará a frequência com que reequilíbrios econômico-financeiros de contratos de concessão sejam necessários, devido à assunção de mais riscos por parte do poder concedente, discute-se as vantagens e a possibilidade jurídica da estruturação de sistema

-
- 1 Procurador do estado de São Paulo, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Atualmente, classificado na Consultoria Jurídica da Agência de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp).
 - 2 Procurador do estado de São Paulo, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestre em Direito dos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Atualmente, exerce a chefia da Consultoria Jurídica da Artesp.

de contas vinculadas como mecanismo para prover recursos e conferir liquidez às recomposições contratuais. Para operacionalização própria de tal sistema, descrevemos seu funcionamento bem como os fundamentos jurídicos que sustentam o mecanismo. Por fim, ilustramos como um sistema de contas vinculadas ainda pode ser generalizado para ampliar as possibilidades de estruturação de projetos de concessão, para além das opções tradicionalmente adotadas.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de concessão. Contas vinculadas. Estruturação de projetos de concessão.

1. INTRODUÇÃO

Já é amplamente disseminada, na prática nacional, a repartição própria de riscos nos contratos de concessão, afastando a regulação atual daquela praticada nas desestatizações promovidas na década de 1990, na qual a quase totalidade dos riscos relacionados ao projeto era transferida ao parceiro privado, em matriz que praticamente replicava o modelo da antiga Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

A análise da adequada repartição de riscos contratuais, contudo, se dá em geral no plano de vista teórico, com uma reflexão acerca da maneira mais eficiente de dividi-los, com vistas a maximizar os ganhos sociais derivados do contrato.

No entanto, pouca atenção se dá às consequências práticas de uma repartição extensiva de riscos, aumentando o peso e as dificuldades da adequada execução contratual.

Destarte, num cenário em que reequilíbrios contratuais se façam cada vez mais frequentes, defendemos neste artigo as vantagens e a possibilidade jurídica da previsão de mecanismo interno ao contrato, consistente no uso de contas vinculadas, como forma de prover recursos e liquidez para a recomposição contratual. O diagnóstico é de que um mecanismo da espécie facilita o processo de reequilíbrio econômico-financeiro, diminuindo o uso de métodos de reequilíbrio politicamente sensíveis, ao mesmo tempo em que confere segurança ao ajuste ao manter a atualidade da equação contratual.

2. A FACE PRÁTICA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

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

A resistência, talvez derivada de uma interpretação literal da conceituação de “concessão de serviço público”, trazida pelo art. 2º, II, da Lei federal nº 8.987/1995, levava à compreensão de que não haveria qualquer espaço legal para uma alocação contratual dos riscos envolvidos na prestação de um serviço sob concessão, na medida em que a lei determina que a concessão de serviço público deva ser desenvolvida por uma concessionária “por sua conta e risco”.

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

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

Conseqüentemente, inexistente, de fato, qualquer vedação legal a que se estabeleça, por força contratual, a alocação adequada dos riscos envolvidos em uma específica prestação de serviços públicos. Em outras palavras, a previsão do art. 2º, II da Lei federal nº 8.987/1995, segundo o qual a concessionária deve explorar o serviço público por sua conta e risco, não significa que todos os riscos da concessão devam ficar a seu cargo.

No atual cenário, esse entendimento parece consolidado, dado que os contratos de concessão mais recentes trazem extensa divisão de riscos, sem que tal fato em si seja tido por ilegal. A título de exemplo, o último contrato de concessão celebrado pela Agência de Transporte do Estado

de São Paulo (Artesp) contém um rol de nada menos do que 20 riscos assumidos pelo poder concedente³.

Nesse cenário, são muito discutidos os critérios a serem observados para uma alocação ótima dos riscos envolvidos na prestação dos serviços concedidos, o que, em geral, segue a compreensão de que, uma vez identificados, devem ser alocados seguindo o princípio básico de que o risco deve ser atribuído a quem tem melhor condição de gerenciá-lo, prevenindo sua ocorrência ou suportando suas consequências caso se materialize⁴.

Ademais, uma divisão extensiva de riscos não quer dizer que haverá maior onerosidade ao poder concedente. Em realidade, com a alocação eficiente de mais riscos ao Estado, viabiliza-se melhor resultado financeiro da concessão – refletido na proposta vencedora da licitação –, resultado positivo este que, a princípio, será maior do que o valor que futuramente será arcado a título de desequilíbrios, ao menos sob um ponto de vista teórico (partindo-se da premissa de que a alocação seja feita adequadamente e que, não fosse esta alocação, a precificação do risco pelos licitantes teria sido realizada de modo condizente com o risco efetivamente assumido).

Pouca atenção se dá, contudo, aos desafios que emergem de uma detalhada repartição de riscos. Logicamente, com a maior assunção de riscos pela Administração, a necessidade de reequilíbrio em prol das concessionárias se fará cada vez mais presente, medida que nunca se revela politicamente fácil. Mais sensível ainda, para o ator político responsável pela medida, deriva do fato de que muitos contratos se encontram em campos regulados, nos quais o procedimento de restabelecimento do equilíbrio contratual está dividido em duas etapas: o reconhecimento do desequilíbrio contratual e a promoção do reequilíbrio. Na primeira etapa, é avaliado se efetivamente foi verificado um evento de desequilíbrio, isto é, se houve a materialização de um risco cujas consequências são arcadas

3 Contrato nº 0409/Artesp/2020.

4 Cf. PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 155/182, jun. 2006; GRAEFF, Fernando. *Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus*. Brasília, DF: ISC, 2011, p. 5.

pela parte à qual o risco não foi alocado. Essa etapa é normalmente feita por uma agência reguladora nos setores em que exista, sem que o poder concedente tenha competência decisória.

Assim, ao agente responsável pelo reequilíbrio caberá cada vez mais seu reestabelecimento sem que seja possível evitar a materialização de novos eventos de desequilíbrio – tanto pelo fato de os contratos contarem com uma divisão própria dos riscos, quanto pelo reconhecimento dos riscos se dar por parte de uma agência externa que, se bem estruturada, atuará de modo independente.

Diante de tal desafio, não é incomum que a última etapa do reequilíbrio econômico-financeiro (a escolha e efetiva implementação da modalidade cabível) ou demore muito a ser implementada ou, no mais das vezes, resulte na escolha da modalidade politicamente menos sensível.

Nenhum dos caminhos traz o efeito mais benéfico às partes envolvidas. No primeiro lado, até mesmo por conta de previsão legal, há um desrespeito à atualidade que deve acompanhar o equilíbrio contratual.

Pontua a Lei nº 8.987/1995, no seu art. 9º, §4º, que, “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”. A leitura do dispositivo não deve ensejar a interpretação, porém, de que todo reconhecimento de desequilíbrio contratual deva ser feito de forma concomitante com o reequilíbrio contratual. E isso pelo simples fato de que, na grande maioria das vezes, o reconhecimento do desequilíbrio vai tratar de fatos pretéritos, ou seja, fatos jurídicos que, subsumidos à matriz de riscos contratual, são considerados como um evento de desequilíbrio do contrato.

Logicamente, quando a alteração do contrato é feita pelo próprio poder concedente, então estamos diante de situação especial que facilita que os atos sejam completados no mesmo momento. Isso porque, ao atuar diretamente sobre o contrato, alterando seu equilíbrio inicial, é possível que o poder concedente já programe de antemão como deverá ser feita sua recomposição. De outra parte, isso não ocorre com o reconhecimento de desequilíbrios em virtude da ocorrência de outros fatos que não guardam relação com a atuação estatal. Dessa forma, o dispositivo do art. 9º, §4º, deve ter interpretação restritiva, a exigir

que a recomposição do equilíbrio contratual concomitante ao desbalançamento contratual seja obrigatória apenas nos casos em que a origem do evento de desequilíbrio for uma alteração unilateral do contrato.

Ademais, como apresentado, o procedimento de reequilíbrio pode ser separado em dois atos administrativos próprios, muitas vezes praticados por atores distintos, os quais guardam características próprias, sendo inviável que os dois atos sejam completados no mesmo momento.

No mais, diversos fatores dificultam que os atos sejam praticados de maneira concomitante. O mais recomendável, como posto anteriormente, é que o reequilíbrio leve em consideração o contrato como um todo, ao invés de um evento isolado, de modo a manter o contrato globalmente atualizado na perspectiva econômico-financeira. Por consequência, e levando-se em conta que os diferentes eventos de desequilíbrio serão decididos em momento distinto, a dificuldade em recompor o contrato a cada vez que um desequilíbrio for reconhecido é enorme. Ademais, é natural que surjam eventos de desequilíbrio favoráveis e contrários a cada uma das partes do contrato, de modo que – para conferir segurança e respeitar os direitos de cada uma das partes – é conveniente que os diferentes desequilíbrios sejam consolidados e compensados em um cálculo próprio antes da promoção do reequilíbrio contratual. Afinal, parece não fazer sentido, por exemplo, prorrogar um contrato de concessão por seis meses para que, logo em seguida, seja reduzido no mesmo patamar. Em vez disso, convém que as alterações contratuais resultem em modificações dos termos pactuados que tragam consigo razoável previsibilidade. Isto é, além da evidente necessidade de conferir eficiência ao processo, dada a complexidade desses procedimentos e a escassez de recursos, é necessário conferir segurança à relação contratual, inclusive para agentes externos (como financiadores), evitando-se constantes alterações contratuais que não representem, no momento em que celebradas, a consolidação do estado vigente do contrato.

Destarte, é recomendável que a disciplina contratual, em vez de impor que os atos sejam praticados no mesmo momento, traga incentivos ou até mesmo fixe prazos para que os desequilíbrios não demorem muito para ter reconhecimento e, de outro lado, preveja que, periodicamente, o contrato seja revisto a fim de ser reequilibrado, levando-se em consideração todos os desequilíbrios reconhecidos

até então. Aqueles que ainda não tiveram deliberação aguardam, assim, o próximo ciclo de revisão contratual. Essa é a solução atualmente imaginada para que desequilíbrios contratuais não demorem muito a ser tratados – a previsão de revisões contratuais periódicas nas quais todos os eventos de desequilíbrio até então ocorridos devem ter tratamento.

A dificuldade maior reside no segundo problema. Ainda que o contrato tenha previsão de revisões periódicas, como assegurar que ela realmente será finalizada, com a efetiva implementação de um mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro? Com efeito, os mecanismos tradicionalmente utilizados para reequilíbrio contratual têm limitações que podem dificultar e, no limite, inibir que sejam efetivamente postos em prática.

Logicamente, encontram-se à disposição do poder concedente mecanismos de reequilíbrio contratual que independem da utilização de verbas públicas, a exemplo do aumento tarifário ou da prorrogação do prazo de vigência contratual. Importante notar, contudo, as desvantagens que emergem de tais mecanismos.

No setor de transporte, por exemplo, o aumento tarifário esbarra nas seguintes dificuldades: (i) setores de baixa renda tendem a ser mais dependentes da rede de transporte público e, logo, mais afetados por altas tarifas; (ii) em caso de transporte público, incentiva-se a migração para meios privados de transporte, com impactos nas vias e rodovias diante da menor eficiência logística desses meios para lidar com transporte de grande contingente de pessoas; (iii) a depender, naturalmente, da elasticidade da demanda, o aumento tarifário pode reduzir a demanda respectiva pela exploração da infraestrutura, podendo gerar nova controvérsia para ser lidada pelas partes caso se deseje internalizar a respectiva diminuição da demanda no cálculo do reequilíbrio; (iv) gera-se aumento nas taxas de evasão do pagamento; e (v) recrudescem-se as condições de trabalho dos setores menos favorecidos, impactando a produtividade e em última instância o bem-estar social.

Assim, um aumento tarifário sempre será sensível ao administrador público, sendo muitas vezes renegado pela esfera política inclusive por questões técnicas de política pública, e não somente por uma infundada recusa do administrador em efetuar o reequilíbrio devido.

Por sua vez, um aumento do prazo de vigência da concessão costuma ser o mecanismo mais sedutor ao agente público responsável pela tomada de decisão, dado que não compromete verbas públicas imediatas e contorna os fatores negativos descritos acima – além do desgaste político – de promover um aumento tarifário.

Contudo, há de se lembrar das desvantagens próprias da utilização da prorrogação do prazo de vigência da concessão. Não raro, costuma ser o mecanismo com maior custo ao poder público (ainda que indireto), dado que o início da recomposição contratual efetiva apenas se dará no termo original do contrato, de modo que o desequilíbrio econômico-financeiro será capitalizado por todo o período pela taxa definida contratualmente para tanto. Especialmente quando o desequilíbrio assume vulto significativo, é conveniente ao poder público, assim, “estancar” o desequilíbrio, utilizando algum mecanismo de reequilíbrio que importe na imediata aferição de receitas ou diminuição de custos por parte do concessionário. Em casos de desequilíbrios de grande vulto, a prorrogação do prazo de vigência da concessão pode sequer ser suficiente para o reequilíbrio contratual – devido ao carregamento do desequilíbrio para o final do contrato – necessitando ser conjugada com algum outro mecanismo. Ademais, há de se lembrar de que o reequilíbrio contratual também deve levar em conta o fluxo financeiro do concessionário, é dizer, em casos nos quais a solvência do ente privado restar comprometida em virtude do desequilíbrio contratual, não haverá espaço para que o reequilíbrio somente seja feito no término do contrato original, ainda que em patamar suficiente para que, do ponto de vista econômico, o contrato reste, ao final, equilibrado. Por fim, a prorrogação do prazo de concessão, ao postergar o encerramento do contrato, também prorroga o início da subsequente licitação, a qual pode trazer resultados mais atrativos ao poder concedente ante a disputa do ativo em ambiente concorrencial. Frise-se que, por vezes, a nova licitação é feita com previsões contratuais mais aderentes às melhores práticas, além de melhor refletir projeções de custos e receitas do projeto, dada a experiência dos anos de operação já conhecidos.

De outro lado, o financiamento por meio de recursos públicos terá que concorrer com todos os demais pleitos estatais para utilização de recursos públicos, enfrentando dificuldades na escassez de verbas em cenários

de crise fiscal, ou mesmo na existência de projetos outros com maiores retornos sociais. Ademais, também esbarra (i) nas restrições fiscais eventualmente existentes; (ii) no pagamento indireto do projeto por aqueles que não serão por ele beneficiados; e (iii) considerando a regressividade do sistema tributário brasileiro, no pagamento de parcela desproporcional do projeto por setores menos favorecidos economicamente.

Diante de tal panorama, é conveniente e recomendável que o planejamento de uma concessão preveja a estruturação, interna ao próprio projeto, de mecanismos para garantir liquidez imediata a eventos de desequilíbrios econômico-financeiros. Um mecanismo adotado no panorama nacional foi a previsão, nos últimos contratos de concessão celebrados pela Artesp e, mais recentemente, em projetos licitados pelo governo federal, da existência de contas reservas no contrato, alimentadas por meio de receitas do próprio projeto, e que se destinam a diversificadas funções.

Nesse cenário, em vez de empilhar críticas ao administrador público que não efetiva o reequilíbrio contratual – rotulando-o como mero descumpridor de contratos –, advogamos pelos benefícios da instituição de mecanismo contratual próprio que torne menos árdua sua tarefa. Pondo-nos na visão do médico, é preciso não apenas ministrar remédio ao paciente, mas facilitar sua vida.

3. A INSTITUIÇÃO DE CONTAS VINCULADAS NOS RECENTES CONTRATOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3.1. Contratos de Concessão nº 352/Artesp/2017 e nº 359/Artesp/2017

Os primeiros contratos de concessão rodoviária celebrados no âmbito do estado de São Paulo que contaram com um mecanismo de contas bancárias, voltado a concentrar a movimentação das receitas oriundas do projeto, foram os Contratos nº 352/Artesp/2017 e nº 359/Artesp/2017. Esses contratos delegaram, respectivamente, o Lote Centro-Oeste Paulista à Entrevias Concessionária de Rodovias S/A, e o Lote Rodovias dos Calçados à ViaPaulista S/A. A disciplina neles

veiculada é muito próxima, por vezes coincidente, de modo que será tomado por parâmetro na exposição deste tópico apenas o regramento contido no Contrato nº 352/Artesp/2017, a fim de evitar repetições ociosas.

Pelo regramento, a concessionária se obrigou a celebrar contrato particular de administração de contas com um banco depositário, agente financeiro remunerado pela concessionária e revestido de poderes para realizar a movimentação de recursos e a administração das contas bancárias. O contrato previu ainda a abertura de seis contas distintas pelo banco depositário, quais sejam, a Conta Centralizadora, a Conta IQD, a Conta de Ajuste da Concessão, a Conta OF, a Conta OV e a Conta Vinculada. Com exceção desta última, todas as demais são de movimentação exclusiva pelo banco depositário.

A Conta Centralizadora, de titularidade da concessionária, é aquela para a qual deve ser vertida a totalidade das receitas tarifárias oriundas da concessão. Os recursos nela depositados são direcionados às demais contas, segundo a disciplina preestabelecida no contrato de administração de contas. Nesse sentido, parcela dos valores depositados será potencialmente descontada da remuneração da concessionária em razão da incidência dos indicadores de desempenho previstos no contrato de concessão, sejam aqueles relativos às funções operacionais e de conservação (Índice de Qualidade e Desempenho), sejam aqueles respeitantes às funções de ampliação (Desconto por Atraso ou Inexecução de Obras).

A receita tarifária efetivamente devida à concessionária poderá ser reduzida em até 10% pela incidência de tais indicadores, a depender da sua performance na execução do serviço público delegado. O montante descontado, isto é, a diferença entre a receita tarifária bruta e a receita tarifária devida à concessionária, constitui o saldo tarifário em favor do poder concedente e tem sua destinação predeterminada pelo próprio contrato de concessão, podendo ser utilizado, na ocasião das revisões ordinárias e a critério da Artesp, para fins de modicidade tarifária, para investimentos relacionados às demandas apresentadas por cidadãos, entidades privadas e Administração Pública, e para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, nesta ordem de prioridade.

O intuito da Conta Centralizadora é, portanto, criar um mecanismo que garanta o recebimento do saldo tarifário por parte do poder

concedente, mas reservando-o para uso no próprio projeto e, também, centralizar o recebimento da remuneração da concessão em uma conta à qual os financiadores terão acesso, caso executem garantias que lhes permitam receber as receitas oriundas do projeto.

O saldo tarifário em favor do poder concedente deverá ser apurado e transferido diariamente à Conta IQD. Mensalmente, a totalidade do saldo apurado no mês-calendário de referência deverá ser transferida à Conta de Ajuste da Concessão, de titularidade do poder concedente, para emprego segundo as finalidades contratuais apontadas linhas acima.

Além das contas abordadas, previu-se ainda a Conta OF, de titularidade da Artesp, para a qual é destinado o ônus de fiscalização, que corresponde a um percentual da receita tarifária bruta oriunda da concessão, a fim de custear as atividades desempenhadas pela Agência Reguladora. O saldo mensal do ônus de fiscalização depositado na Conta OF deve ser transferido, no mês seguinte ao de referência, a outra conta da Artesp, por ela indicada e externa a esse mecanismo de contas.

À Conta OV, aberta em favor do poder concedente, são direcionados os valores relativos à outorga variável, devida pela concessionária também como percentual da receita tarifária bruta. Do mesmo modo como ocorre na Conta OF, no mês seguinte ao de referência, os valores vertidos diariamente à Conta OV serão transferidos à conta que o poder concedente indicar.

Efetuada as transferências enumeradas, o saldo remanescente será endereçado então da Conta Centralizadora à Conta Vinculada, de titularidade da concessionária e por ela passível de movimentação. Diferentemente do que ocorre em relação à Conta Centralizadora, a concessionária poderá constituir, gravame sobre a Conta Vinculada, os recursos nela depositados e os direitos creditórios dela decorrentes, para garantir suas obrigações com terceiros, incluindo as obrigações decorrentes dos contratos de financiamento, desde que obtenha prévio consentimento da Artesp.

Em conclusão, o contrato previu que, havendo insuficiência de recursos na Conta Centralizadora para cobrir todas as transferências apontadas, será observada uma ordem de prioridade. Primeiro, destina-se o saldo tarifário em favor do poder concedente, decorrente da

incidência dos indicadores de desempenho, à Conta IQD e à Conta de Ajuste da Concessão, conforme a sistemática descrita. Na sequência, transfere-se o valor da outorga variável à Conta OV e, depois, o ônus de fiscalização devido à Artesp à Conta OF. Só então o montante eventualmente remanescente será endereçado à Conta Vinculada, titularizada pela Concessionária.

3.2. Contrato de Concessão nº 0409/Artesp/2020

Mais recentemente, foi celebrado o Contrato de Concessão nº 0409/Artesp/2020, abrangendo o conjunto de rodovias denominado Lote Piracicaba-Panorama, que passou a ser administrado pela concessionária Eixo SP S/A. À época o projeto, representava a maior concessão rodoviária do país, totalizando 1.273 quilômetros de rodovias que atravessam 62 municípios paulistas, além de investimentos previstos na ordem de 14 bilhões de reais⁵. Dada a magnitude do projeto, a disciplina contratual recebeu uma dose extra de sofisticação, que refletiu também no regramento do seu mecanismo de contas.

O contrato de administração de contas firmado no âmbito dessa concessão previu a abertura de oito contas: Conta Centralizadora Receitas Tarifárias, Conta Centralizadora Receitas Acessórias, Conta Reserva de Outorga 1, Conta Reserva de Outorga 2, Conta de Ajuste da Concessão, Conta de Fiscalização, Conta Vinculada dos Financiadores e Conta de Livre Movimentação. As cinco primeiras são movimentáveis exclusivamente pelo banco depositário e foram nominadas pelo contrato como Contas Vinculadas, podendo ser utilizadas somente para as finalidades previstas no instrumento contratual. Por sua vez, a Conta de Livre Movimentação será movimentável unicamente pela concessionária.

Como os nomes sugerem, na Conta Centralizadora Receitas Tarifárias, será depositada a totalidade da receita tarifária auferida pela concessionária na exploração do sistema rodoviário, ao passo que a Conta Centralizadora Receitas Acessórias receberá os valores correspondentes à totalidade dos recursos decorrentes das receitas acessórias.

⁵ Ao que se tem notícia, apenas a nova licitação federal da Rodovia Dutra superou, em termos de investimento, o projeto Piracicaba-Panorama entre as concessões rodoviárias nacionais.

Nas datas e condições previstas no contrato de concessão, a Artesp enviará ao banco depositário notificação informando o percentual da receita tarifária bruta que deverá ser direcionado da Conta Centralizadora Receitas Tarifárias para a Conta de Ajuste da Concessão. Esse percentual corresponde ao saldo tarifário em favor do poder concedente e diz respeito aos descontos decorrentes da incidência dos indicadores de desempenho, em sistemática similar àquela já descrita quando da abordagem dos contratos referidos no tópico antecedente.

À Conta Reserva de Outorga 1, será transferido o percentual de 4% do saldo de ambas as Contas Centralizadoras, a título de outorga variável, parte do qual será destinado a cobrir os custos decorrentes da aplicação do desconto de usuário frequente (“DUF”), mecanismo inovador que importa a concessão de descontos progressivos a usuários que utilizam repetidamente o sistema concedido, a fim de garantir modicidade tarifária. Todo o impacto econômico-financeiro resultante desse mecanismo foi contratualmente alocado ao poder concedente, de modo que a reserva de percentual da outorga variável tem por objetivo garantir a liquidez necessária para reequilibrar o contrato devido à incidência dos descontos. Também será transferida, à Conta Reserva de Outorga 1, a totalidade dos recursos provenientes do pagamento da outorga fixa.

A Conta Reserva de Outorga 2 receberá o montante de 3% dos valores depositados nas Contas Centralizadoras, que, anualmente, será total ou parcialmente transferido para a Conta Vinculada dos Financiadores, a título de eventual recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, ou então para conta corrente a ser indicada pelo poder concedente. É possível ainda que recursos contidos na Conta Reserva de Outorga 2 sejam direcionados, conforme determinado pela Artesp, para a Conta de Livre Movimentação da concessionária, em razão do acionamento da compensação referente ao mecanismo de proteção cambial previsto no contrato de concessão.

A partir da assinatura do contrato de administração de contas, o banco depositário deverá também transferir, diariamente à Conta de Fiscalização, o ônus de fiscalização devido à Artesp, no percentual equivalente a 1,5% do saldo das Contas Centralizadoras. O ônus de fiscalização constitui receita da Artesp, voltada a custear as atividades de sua competência.

Após a conclusão de todas as transferências aqui elencadas, o banco depositário deverá então destinar o saldo remanescente nas Contas Centralizadoras à Conta Vinculada dos Financiadores, aberta em nome da concessionária e mantida em favor dos financiadores do projeto.

Dessa forma, o que os mecanismos dos dois contratos basicamente proporcionam, primeiramente, é a vinculação ao projeto todos os recursos decorrentes dele, inclusive a outorga fixa e variável. Em seguida, somente são destinados ao poder concedente, para livre movimentação, as verbas que não sejam necessárias para assegurar liquidez às necessidades de recursos que porventura surjam ao longo da concessão. De outro lado, apenas são destinadas à livre movimentação da concessionária as receitas que não forem descontadas quando de sua passagem pela conta, a exemplo da satisfação de pagamentos devidos ao poder concedente e à agência reguladora respectiva, ou glosas em virtude do descumprimento de níveis de serviço previstos contratualmente.

Exposto em linhas gerais o funcionamento dos mecanismos de contas bancárias, é importante abordar os principais questionamentos de natureza jurídica que podem surgir a respeito da sistemática, os quais, segundo entendemos, são incapazes de contaminar sua legalidade.

4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4.1. A outorga como fonte de recurso das contas

Como decorre do funcionamento descrito anteriormente, o intuito do sistema de contas vinculadas é criar um mecanismo que garanta o recebimento do saldo tarifário por parte do poder concedente, que será utilizado para as finalidades contratuais próprias – em última análise, sobretudo para assegurar a existência de recursos necessários à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato nas situações previstas – e, também, centralizar o recebimento da remuneração da concessão em uma conta à qual os financiadores terão acesso caso executem garantias que lhes permitam receber as receitas oriundas do projeto.

Dessa forma, a implantação de um mecanismo da espécie é oportuna para conferir segurança às partes envolvidas no projeto e, também,

para garantir que o poder concedente tenha recursos de imediato à disposição caso haja materialização de algum evento de desequilíbrio.

Na licitação que resultou no Contrato de Concessão nº 0409/Artesp/2020, por exemplo, dois riscos foram notados como sensíveis durante a estruturação do projeto. Um relativo à instituição de desconto no valor das tarifas conforme a frequência com que os usuários se utilizam da rodovia (DUF, conforme explanado acima), e outro relativo à variação cambial em caso de financiamento em moeda estrangeira. No primeiro caso, o poder concedente assumiu o risco relativo à perda de arrecadação tarifária, ao passo que, no segundo caso, assumiu o risco de variação cambial. Contudo, dado que ao menos uma pequena parcela dos usuários utilizará os descontos por frequência, já há expectativa de que o risco será materializado ao longo da execução contratual. Outrossim, caso celebrado financiamento do projeto em moeda estrangeira, também se concretizará o risco cambial, quer em favor do poder concedente ou da concessionária, em caso de variação na cotação do dólar em relação ao real.

Diante desse panorama, foram previstas duas contas reservas específicas para já conferir liquidez para tais situações. Uma das contas será destinada a garantir liquidez ao montante necessário para reequilibrar o contrato em virtude da aplicação do desconto por frequência, e uma segunda se destina a resguardar saldo suficiente para reequilibrar o contrato por conta do risco cambial assumido pelo poder concedente.

Para além dessas duas contas, ainda existe uma terceira conta na qual são depositados descontos na remuneração da concessionária em virtude do descumprimento de indicadores de desempenho, a qual, por sua vez, pode ter valores utilizados para (i) modicidade tarifária do sistema; (ii) viabilização de novos investimentos; e (iii) recomposição do equilíbrio econômico do contrato.

Neste ponto, é conveniente comentar com mais profundidade a utilização da outorga variável do projeto como principal fonte de recursos para a alimentação das contas reservas do contrato.

Primeiramente, é de se destacar a existência do maior valor de oferta pela outorga da concessão como possível critério de adjudicação da licitação, seguindo a previsão do art. 15, II, da Lei nº 8.987/1995.

Porém a Lei Geral de Concessões não estipula qual o período em que a outorga deve ser paga. Assim, existe certa flexibilidade nesse aspecto, podendo o poder concedente definir as regras mais apropriadas para o caso concreto. Ou seja, não é pelo fato de que o maior valor de outorga seja definido como critério de adjudicação que passa a ser automaticamente obrigatório que a outorga seja paga num valor fixo e integral antes da assinatura do contrato.

Ao contrário, também é possível que a outorga pela concessão seja paga parceladamente ao longo da execução contratual e, em vez de ser estipulada em patamar fixo, ser calculada como uma porcentagem da receita obtida pela concessão – estando suscetível, assim, a variações ao longo da execução contratual.

Pode-se, inclusive, mesclar as diferentes formas de pagamento, de modo que uma parcela da outorga seja paga em patamar fixo no momento da assinatura do contrato e parte mensalmente com base na receita bruta auferida pela concessionária.

A adoção de uma outorga variável calculada com base na receita tarifária e devida mensalmente tende a facilitar a participação de interessados na licitação, vez que diminui ou até mesmo elimina, de outro lado, a necessidade de pagamento de outorga como condição prévia ou no próprio momento de assinatura do contrato. Convém lembrar que o pagamento de outorga fixa, antes da assinatura do contrato, normalmente envolve a mobilização de capital próprio, dada a dificuldade de viabilizar financiamento para pagamento de outorga.

Outrossim, a estipulação da outorga em patamar variável, sendo apurada em cima da receita da concessionária, é medida que contribui para compartilhar os riscos associados à concessão, em especial o risco de demanda, para o qual há grande anseio do setor privado em relação à transferência de tal risco ao poder concedente.

Note-se que, sendo a outorga estipulada como porcentagem da receita, quanto maior a demanda e, conseqüentemente, a receita obtida com a concessão, maior será a outorga devida; ao revés, a diminuição na demanda (apesar de implicar na absorção por parte do concessionário dos principais prejuízos daí decorrentes) ao menos traz uma redução no valor devido de outorga por parte da parte privada.

Assim, não é acertada a conclusão de que a estipulação de uma outorga a ser paga mensalmente ao longo da execução contratual acabe onerando ainda mais o projeto de concessão. Ao contrário, quanto mais a outorga seja distribuída ao longo da execução contratual menos outorga passa ser devida no momento da assinatura do contrato ou no início da execução, facilitando, conseqüentemente, o autofinanciamento do projeto.

Logicamente, a utilização de outros critérios de adjudicação previstos no art. 15 da Lei nº 8.987/1995, a exemplo do menor valor de tarifa, melhor proposta técnica ou combinação de variados critérios, não é contraditória com a estipulação de outorga no contrato. O uso do menor valor de tarifa não implica que o contrato não tenha qualquer outorga, apenas impõe que, nesse caso, o valor de outorga não poderá ser modificado por parte dos licitantes, dado que o critério em relação ao qual será feita a avaliação das propostas será distinto.

4.2. O uso de bancos privados para operacionalização das contas

Para a implementação prática de um mecanismo de contas de reserva, é necessária a contratação de uma instituição financeira específica que ficará responsável pelas movimentações financeiras próprias, dado que umas das principais características das contas se encontra na restrição para a movimentação dos recursos.

Conseqüentemente, para o bom funcionamento do sistema, é preciso analisar a possibilidade de os recursos serem depositados em instituição financeira privada, o que, em tese, poderia acarretar eventual violação à necessidade de depósito de disponibilidades de caixa em instituição financeira oficial (art. 164, § 3º, da Constituição Federal). Isso porque é necessária a atuação de instituições financeiras privadas em tais situações, posto que o Banco do Brasil, por vezes, não desempenha todas as atividades de agente fiduciário previstas no contrato para a administração de contas vinculadas. Ademais, também convém comentar se a titularidade das contas em nome da concessionária pode trazer ofensa a disposições legais.

Pela sistemática contratual estabelecida no estado de São Paulo nos mais recentes contratos de concessão rodoviária, é aberta, na instituição

financeira privada responsável pelo gerenciamento das contas, uma conta principal, em nome da concessionária, na qual é centralizada toda a arrecadação tarifária. Ademais, na mesma instituição, também é aberta uma conta de titularidade da concessionária para a qual serão transferidos os valores de sua livre movimentação, após os descontos próprios. Outrossim, ainda na mesma instituição, são abertas contas em nome do poder concedente para recebimento dos montantes de outorga variável e descontos apurados pelo não cumprimento dos indicadores de desempenho. A transferência entre tais contas, todas internas dentro da instituição responsável pela operação das contas, conta com processamento diário ou em poucos dias úteis.

Logicamente, um mecanismo parecido com esse para a administração de contas pode ser implementado ainda que inexista a previsão de que os valores recebidos a título de outorga variável (bem como demais descontos em caso de não observância de indicadores de desempenho) fiquem restritos ao próprio projeto, ou seja, possam ser utilizados pelo poder concedente conforme seu livre critério.

Nesse caso, recomenda-se que, mensalmente, os valores devidos ao poder concedente sejam transferidos do banco depositário para a instituição financeira oficial que administra o erário público. Isso porque, inexistente a restrição para a vinculação dos recursos no próprio projeto de concessão, não há razão para a permanência dos recursos em instituição privada.

Obedecidas tais regras, então as contas abertas no banco depositário passam a ser apenas contas de passagem nas quais são recebidos e separados os recursos devidos ao poder concedente, os quais, em cada mês-calendário, são vertidos à conta pública oficial.

Nesse panorama, dada a momentaneidade do trânsito dos valores pertencentes ao poder concedente, parece preservado o disposto no art. 164, § 3º, da Constituição Federal, o qual determina que as disponibilidades financeiras dos estados serão depositadas em instituição financeira oficial.

Ou seja, o simples fato de que os valores permaneçam por alguns dias em instituição privada não ofende a exigência de depósito de disponibilidades em instituição financeira oficial. Estabelecido na

relação contratual que o poder concedente somente tem direito ao recebimento do montante de outorga variável e demais descontos no mês seguinte ao de sua apuração, então é nesse momento que os valores se tornam efetivamente disponíveis financeiramente. E, quando presente tal característica, é necessária a respectiva transferência para instituição financeira oficial – conceito que a jurisprudência dominante entende como sinônimo de instituição financeira pertencente à Administração Pública direta ou indireta.

Cenário diverso é aquele no qual a disciplina contratual impõe restrição à livre movimentação de valores por parte do poder concedente, exigindo que os valores sejam utilizados em benefício da concessão.

Inexistindo a previsão de transferência do montante para outra conta em nome do poder concedente em instituição financeira oficial, então cabe analisar se os valores podem permanecer ao longo de toda a execução contratual no banco depositário ou se, mesmo nesse caso, haveria necessidade de transferência à instituição oficial com vistas a não representar violação do art. 164, § 3º, da Constituição Federal.

No nosso entender, havendo previsão contratual expressa de que, ao longo da execução contratual, os recursos não possam ser livremente utilizados pelo poder concedente, então, conseqüentemente, não há como considerá-los como “disponibilidades de caixa” do Estado, o que obrigaria seu depósito em instituição financeira oficial.

Isso porque comumente define-se disponibilidade de caixa como recursos pertencentes ao ativo financeiro que podem ser utilizados a qualquer momento. Veja-se: “entende-se por disponibilidade de caixa os valores contabilizados em rubricas do Ativo Financeiro, grupo Disponível, com suas contas Caixa e Bancos, agregado este que incorpora recursos utilizáveis a qualquer momento”⁶.

Há ainda entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal pela descaracterização do conceito de disponibilidade de caixa nos casos em que o recurso já se encontra afetado a um determinado fim.

6 TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de. Disponibilidade de caixa. *Informativo Jurídico do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal*, São Paulo, ano VIII, n. 11, p. xx-xx, nov. 1993, p. 63.

Mormente, o ministro Eros Grau, em seu voto-vista no julgamento da Reclamação nº 3.872-AgrR/DF, esclareceu que o depósito referente à folha de pagamento de servidores não pode ser considerado disponibilidade de caixa, pelas seguintes razões⁷:

Ora, os recursos atribuídos a pagamentos a fornecedores do Estado e da remuneração dos servidores do Estado não constituem mais disponibilidades de caixa do Estado, vale dizer, dinheiro ainda não afetado a determinado fim. Tais recursos já estão afetados a esses pagamentos; evidentemente já não podem ser concebidos como disponibilidades de caixa.

Disponibilidade de caixa, assim, consiste precisamente naquilo que está disponível para o Estado, para sua livre movimentação, não alcançando, pois, as quantias já vinculadas a determinadas atividades. Não é o que ocorre nos casos em que estipuladas contas reservas de outorga cujo saldo deve estar afeto à própria prestação do serviço público.

Em resumo, entende-se que saldos próprios em favor do poder concedente que estejam afetos ao próprio contrato não se caracterizam como disponibilidade de caixa, podendo ficar depositados na instituição financeira privada responsável pela administração do sistema de contas contratual. De outra ponta, os recursos à livre disposição do poder concedente devem ser vertidos para a conta mantida na instituição financeira oficial.

Ante tais razões, inexistem, no nosso entender, empecilhos jurídicos para a manutenção de contas vinculadas, nos moldes aqui descritos, em instituições financeiras privadas. Na estruturação do projeto de concessão, recomenda-se, contudo, que o edital traga regramento mínimo acerca do assunto, de modo que as balizas do futuro contrato de administração de contas estejam claras aos licitantes. É até possível incluir minuta própria do contrato de administração como um dos anexos do edital. Contudo, dado que a definição do administrador em geral será feita apenas ao longo da execução contratual – especialmente nos casos

7 BRASIL. **Agravo Regimental na Reclamação nº 3.872**. Agravante: União Federal. Agravado: Banco Central do Brasil. Relator Ministro Marco Aurélio. 14 de dezembro de 2005. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361977>. Acesso em: 30 ago. 2019.

em que a escolha do banco depositário e o pagamento da remuneração respectiva fiquem a cargo do concessionário –, convém que eventual regramento sobre o tema não seja exaustivo, podendo ser complementado com a disciplina própria que a instituição financeira adota para o tema.

Por fim, como destacado, na estruturação dos contratos de administração de contas ainda vale incluir eventuais valores devidos ao ente regulador, caso existentes. No estado de São Paulo, por exemplo, é comum que seja incluído nos contratos de concessão de transportes rodoviários a exigência de pagamento de ônus mensal à Artesp, com fulcro no art. 22 da Lei Complementar estadual nº 914/2002. O benefício em prever receita da espécie para o ente regulador repousa principalmente na desvinculação do pagamento com a atuação do poder concedente propriamente dito, diminuindo, assim, a dependência de recursos do orçamento fiscal para a manutenção das atividades fiscalizatórias e regulatórias.

Ademais, a definição no próprio contrato de verba devida ao agente regulador faz com que o recurso tenha natureza contratual, descaracterizando, conseqüentemente, sua natureza tributária e a necessidade de previsão legal para sua instituição.

4.3. O respeito aos princípios orçamentários e o aval dos órgãos de controle

Vale notar que, da forma como estruturado, o sistema de contas vinculadas funciona como verdadeiro mecanismo garantidor de obrigações das partes contratuais, alimentado, em grande medida, pela vinculação de receitas auferidas pela concessionária na forma de tarifas e/ou demais receitas acessórias e posteriormente transferidas à Administração sob forma de outorga.

Nesse cenário, poder-se-ia questionar a legalidade do mecanismo, por instituir vinculação de receitas por parte da Administração.

Tal argumento, porém, não procede e confunde-se, em grande medida, com os questionamentos de ilegalidade referentes ao art. 8º, I, da Lei nº 11.079/2004, o qual prevê que as garantias da Administração em parcerias público-privadas (PPPs) podem se dar por meio da vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal.

Por tal linha de raciocínio, não haveria possibilidade de vinculação de receitas públicas em favor de particulares, ainda que não decorrentes dos tributos mencionados no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, posto que as receitas públicas são indisponíveis e impenhoráveis, sendo sua execução satisfeita tão somente pelo recebimento via precatórios⁸.

Contudo não houve acolhimento de tal tese por parte dos tribunais, prevalecendo, atualmente, o entendimento pela legalidade do art. 8º I, da Lei nº 11.079/2004.

Cumpre também mencionar que, no âmbito do estado de São Paulo, a Lei nº 16.933/2019 também permite que a administração pública oferte garantia, como forma de mitigar os riscos associados ao projeto, não somente em casos de parcerias público-privadas, mas também em projetos de concessão comum, concessão regida por legislação setorial, permissão de serviços públicos e demais negócios público-privados (art. 17, parágrafo único).

Outrossim, destaca-se que já há, inclusive, aval de órgãos de controle para utilização de mecanismos semelhantes de administração de contas. A concessão federal da BR-153/414/080/TO/GO teve análise prévia do Tribunal de Contas da União por meio do TC 016.936/2020-5. Ao analisar os documentos do certame, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil do TCU se limitou a apontar aparente contradição entre o contrato e o Anexo 10 sobre o fornecimento de instruções ao banco depositário, sem apontar restrições ao mérito da sistemática⁹. Em verdade, ao tratar da gestão de dados da concessão, a unidade técnica destacou que o mecanismo de contas

8 HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 3, p. 310-311, mar. 2005. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 174.

9 661. Diante do exposto, propõe-se:

a) determinar à ANTT, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

a.1) compatibilize a redação da cláusula 12.6.2 da minuta de contrato (que obriga a ANTT a não fornecer instrução ao Banco depositário, exceto às notificações previstas) com o item 4.1 do Anexo 10 (que informa que a ANTT irá orientar o Banco Depositário acerca da transferência do valor de verba de fiscalização da conta centralizadora para a conta única do Tesouro).

representava um avanço na auditoria da arrecadação da concessionária ao permitir o acesso ao valor depositado na conta centralizadora¹⁰.

5. COMO UM SISTEMA DE CONTAS VINCULADAS POTENCIALIZA AS ALTERNATIVAS DE ESTRUTURAÇÃO DE CONCESSÕES

O foco deste artigo foi demonstrar como um sistema de contas vinculadas pode garantir a adequada observância do equilíbrio econômico-financeiro contratual, superando as dificuldades dos demais métodos tradicionais de reequilíbrio.

Não obstante, cumpre também observar que um sistema de contas pode servir para variadas funções, entre as quais a concretização de modelagens contratuais que superam as formas tradicionais de estruturação de projetos.

Basicamente, os projetos de concessão de serviços públicos em geral são estruturados em determinados moldes, normalmente representados por concessões comuns em que a remuneração do concessionário é auferida diretamente por meio da cobrança de tarifas; ou concessões patrocinadas em que, adicionalmente à cobrança direta de tarifas, a administração pública viabiliza o projeto mediante aportes de recurso e/ou contraprestações públicas.

Contudo é preciso ter em mente que as seguintes premissas também são válidas: (i) é possível conceder um serviço público sem a cobrança de tarifa dos usuários; (ii) a remuneração paga à concessionária não precisa estar necessariamente atrelada à tarifa paga pelos usuários.

Um exemplo da primeira situação seria a concessão de uma rodovia sem a instalação de um sistema de pedágio com praças físicas ou cobrança eletrônica, apenas contemplando uma medição do número de passagens de veículos, a partir da qual a administração calculará a receita devida à concessionária (modelo denominado “pedágio sombra”).

10 TC 016.936/2020-5: [...] 732. Nesse sentido, cabe comentar o avanço que representa o mecanismo de contas, uma vez que possibilita, por exemplo, a realização de auditoria na arrecadação das concessionárias, dado que a Agência terá acesso não somente ao número e o tipo de veículo passantes em cada praça, mas também acesso aos valores depositados na conta centralizadora.

A segunda situação pode ser representada pela concessão de um serviço em que há cobrança de tarifas dos usuários, as quais, entretanto, não são diretamente vertidas para a concessionária. A remuneração da concessionária pode se pautar por métrica diversa da simples contagem do número de passageiros, tal qual a concessão de transporte público em que o usuário paga uma tarifa individual, vertida primeiramente ao poder concedente; e este, por sua vez, remunera a concessionária a partir do número de viagens realizadas. Aqui se diz, em geral, que a remuneração ocorre por “disponibilidade do serviço”.

Escapa ao presente escopo analisar minuciosamente cada um desses modelos, expondo suas vantagens e desvantagens. Cabe somente pontuar que a discussão acerca da conveniência de se conceder ou não um serviço público não precisa, necessariamente, estar vinculada à discussão acerca da conveniência de se cobrar ou não tarifa dos usuários¹¹.

E, nos exemplos citados, o uso de tais modelos alternativos poderia ser concretizado com mais segurança a partir do uso de um sistema de contas vinculadas.

Em um modelo de “pedágio sombra”, a administração pode verter recursos para uma conta própria e, após a validação do número de passagens, a remuneração própria da concessionária ser daí descontada. Já em um projeto em que o pagamento se dá por disponibilidade do serviço, é possível, por exemplo, prever que a tarifa paga pelos usuários seja destinada a uma conta específica, a qual, por sua vez, fornecerá os recursos necessários ao pagamento da remuneração da concessionária.

Ou seja, são variadas as funções e destinações de um sistema de contas vinculadas, podendo ser utilizado sempre que se queira conferir segurança em relação à destinação dos recursos dentro de um mesmo projeto ou criar liquidez para determinada contingência.

11 Importante notar, contudo, que, se as discussões não se confundem, não devem ser totalmente dissociáveis. Cf. ROZENFELD, Tales. *Avaliação dos impactos econômicos de investimentos em rodovias sob diferentes alternativas de financiamento*. 2016. Dissertação (Mestrado em Teoria Econômica) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. O autor demonstra que diferentes alternativas de investimentos podem conduzir a diferentes resultados macroeconômicos do projeto, podendo inclusive converter uma concessão com impacto positivo no produto interno bruto (PIB) em um projeto com retorno negativo.

6. CONCLUSÃO

A simples assunção por parte do poder concedente de uma grande variedade de riscos é insuficiente para, ao longo da execução contratual, concretizar de forma efetiva o intuito por trás de uma repartição eficiente de riscos. Para que a execução contratual seja feita de modo que se resguarde a atualidade do equilíbrio econômico-financeiro, é recomendável que o contrato de concessão discipline de forma própria tanto o procedimento de reconhecimento do desequilíbrio quanto a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro propriamente dita.

No mais, nota-se que os procedimentos tradicionalmente utilizados para a promoção do reequilíbrio contratual em prol do concessionário – majoração do valor tarifário e prorrogação do prazo de concessão – apresentam desvantagens e limitações significativas. Destarte, recomenda-se a estruturação de sistema de contas vinculadas ao contrato que forneça recursos e garanta liquidez quando da necessidade de o poder concedente promover a recomposição do ajuste. Para tanto, é possível utilizar parcela da outorga da concessão como fonte de recursos para o provisionamento das contas, além de inexistir impedimentos para que a concretização de tal sistema se faça por intermédio de instituição financeira privada.

Outrossim, como mecanismo que busca criar garantias às partes do contrato de concessão, nota-se uma similitude com as garantias fornecidas em PPPs decorrentes da vinculação de receitas, as quais já são aceitas na esfera nacional. Ademais, finalizada inclusive análise prévia de editais de concessão que incluem o mecanismo por parte de órgãos de controle, conclui-se que há ampla possibilidade jurídica de difundir o mecanismo nos contratos nacionais. Por fim, nota-se que o sistema também pode ser um componente da modelagem de formatos próprios de projetos de concessão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Agravo Regimental na Reclamação nº 3.872**. Agravante: União Federal. Agravado: Banco Central do Brasil. Relator Ministro Marco Aurélio. 14 de dezembro de 2005. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361977>. Acesso em: 30 ago. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GRAEFF, Fernando. **Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus**. Brasília, DF: ISC, 2011. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/uma-analise-da-alocacao-de-riscos-nos-contratos-para-prestacao-de-servicos-publicos-o-caso-do-transporte.htm>. Acesso em: 20 jul. 2022.

HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 3, p. 310-311, mar. 2005.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 155-182, jun. 2006.

ROZENFELD, Tales. **Avaliação dos impactos econômicos de investimentos em rodovias sob diferentes alternativas de financiamento**. 2016. Dissertação (Mestrado em Teoria Econômica) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de. Disponibilidade de caixa. **Informativo Jurídico do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal**, São Paulo, ano VIII, n. 11, nov. 1993.