

O Caso Base

Pedro Leite Alves
Advogado

1. Generalizou-se em Portugal o recurso pelo Estado, desde meados dos anos 90 do século passado, à figura do contrato de concessão de serviço ou de obra pública como meio preferencial de realização de investimentos públicos estruturantes¹.

A generalidade desses contratos contém regras relativas ao equilíbrio económico-financeiro e a esmagadora maioria recorre, nesse quadro, à figura do Caso Base como instrumento de demonstração do equilíbrio inicial entre os sacrifícios e os benefícios dos co-contratantes privados e de cálculo dos montantes necessários à reposição da sua eventual perturbação.

A propósito de invocados desequilíbrios económico-financeiros, e em torno do mecanismo do Caso Base, foram na última meia dúzia de anos dirimidos litígios entre as partes públicas e privadas contratantes, em regra sob a forma de processos arbitrais, que terão excedido, em valor acumulado dos pedidos, 6 mil milhões de euros². Sensivelmente no mesmo hiato temporal, o Estado tomou a iniciativa de renegociar alguns daqueles contratos³, envolvendo valores ainda mais significativos, fazendo em regra apelo aos Casos Base contratuais como instrumento dos novos equilíbrios económico-financeiros e contratuais.

Causa por isso alguma estranheza que seja tão escassa e tão sumária no seu desenvolvimento, quando existe, a doutrina publicada sobre a função do Caso Base,

¹ A preferência foi aliás comum à Administração Central, à Administração Regional e à Administração Local, ainda que em graus diversos de intensidade.

² O valor das condenações da Administração Pública é, felizmente, muitíssimo inferior a esse valor. Algumas das razões da enorme divergência verificada são objecto deste texto.

³ Nomeadamente, no caso da conversão das antigas auto-estradas SCUT em vias de portagem real, na renegociação dos contratos de concessão rodoviária celebrados pela Região Autónoma da Madeira e na renegociação dos contratos de subconcessão celebrados pela então EP – Estradas de Portugal, S.A..

posto que tanto esteve⁴ em jogo, sentimento que porém se dissipa no conhecimento de que é vasta a produção teórica, em pareceres e acórdãos arbitrais⁵, a propósito justamente do reequilíbrio financeiro e da função do Caso Base⁶.

Essa reflexão teórica e o facto, não despreciando, de o Código dos Contratos Públicos ter densificado, designadamente no art.º 282.º, o regime da reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, aconselha o ensaio de uma síntese dos principais eixos do debate e das conclusões que se vão dele retirando. Não se tratará, neste texto, de reflectir sobre as situações em que existe ou deixa de existir direito ao reequilíbrio financeiro mas, antes, de identificar os por vezes inesperados problemas que pode causar o uso de um instrumento matemático no cálculo da sua expressão matemática.

2. O primeiro eixo de reflexão não pode deixar de dizer respeito à interrogação basililar: por que razão se adoptou tanto e em contratos de tanto valor e de tão prolongada vigência⁷ um instrumento matemático fundando no automatismo da consideração dos termos do equilíbrio económico-financeiro inicial dos benefícios e sacrifícios do co-contratante ? Afinal de contas, essa opção, construída por PÉQUIGNOT, enfrentou intensa crítica de LAUBADÉRE e, sobretudo, de BADAOU, ainda nos anos 50 do século passado.

Recordem-se os termos da formulação original e da crítica de então, porque eles se mostram de uma surpreendente actualidade.

Postulou PÉQUIGNOT⁸ que a equação económico-financeira subjacente a toda a concessão pública, identificada por JÈZE⁹ como representando o equilíbrio entre o sacrifício assumido pelo particular, por um lado, e a cobertura das suas despesas e a fixação de uma margem razoável de lucro¹⁰, por outro, que se pode descrever pela

⁴ E, porventura, virá a estar no futuro, atenta a duração muito prolongada da generalidade dos contratos que usam a figura.

⁵ Em www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Sentencas/36.2012/Sentenca.pdf encontra-se disponível o único que, sendo público, se encontra publicado. Não perde o leitor pela raridade, o texto é marcante. Admite-se que a regra constante do art.º 185.º-B do novo CPTA permita dar publicidade a outros textos arbitrais desconhecidos da comunidade.

⁶ Da experiência pessoal do autor, contam-se mais de uma dezena de pareceres e pelo menos igual número de acórdãos arbitrais, subscritos pelos mais significativos autores portugueses de Direito Público.

⁷ A generalidade dos contratos de concessão a que nos reportamos têm uma duração mínima de 30 anos.

⁸ In *Théorie Générale du Contrat Administratif*.

⁹ In *Principes*.

¹⁰ Não deixa de ser relevante assinalar que a expressão usada por JÈZE nos *Principes* (“*une rémunération raisonnable des capitaux investis et un bénéfice normal*”), que PÉQUIGNOT desenvolveu é ainda hoje usada frequentemente, com variações meramente gramaticais ou frásicas, nas leis europeias. Veja-se, entre muito outros, o Regulamento (CE) n.º 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23.10.2007, que, a propósito da margem de lucro que pode ser admitida no cálculo das compensações

equação a/b , deve ser conservada nos casos em que as prestações do particular forem alteradas por facto que gere direito ao reequilíbrio económico-financeiro, em termos tais que $a/b = a'/b'$, isto é, mantendo-se inalterada a relação inicial entre o sacrifício e o seu preço em sede do cálculo da compensação devida. Como indicou MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, “[...] o reequilíbrio financeiro do contrato [...] se faz, pagando ao co-contratante prejudicado pelo agravamento, não o **custo** que ele suporta pela prestação suplementar, mas sim o **preço** que ele provavelmente quereria se, no momento da celebração, tal prestação lhe tivesse sido exigida.”¹¹, retomando a ideia de PÉQUIGNOT de que no cálculo do reequilíbrio se haverá de ater à base de remuneração sobre a qual o particular quis contratar com a Administração¹².

A crítica de BADAOU¹³ assenta na ideia de que, não coincidindo o dano com a ruptura do equilíbrio financeiro, podem ocorrer situações em que a adopção de fórmulas matemáticas que usem o preço como factor de cálculo do montante da indemnização resultará no ressarcimento insuficiente até possivelmente do próprio dano, lá onde “[...] *le co-contractant a fait de mauvais calculs et accepté des prix qui se sont avérés insuffisamment rémunérateurs des dépenses faites, ou si, par suite d'un renchérissement dans les prix de main-d'œuvre ou des matières utilisées para le co-contractant, les prix du marché sont devenus inférieures aux prix de revient [...]*”¹⁴. Nesse caso, a Administração obterá pelas prestações adicionais ou modificadas um preço que o particular não teria aceite ou proposto se delas tivesse tido conhecimento prévio.

Entre nós, a posição de BADAOUI teve eco em AUGUSTO DE ATAÍDE¹⁵, que sugeriu por seu lado que o problema da determinação da compensação se haveria de resolver pela correcção da iniquidade do acto lícito modificativo das prestações exigidas ao co-contratante com base na “*honesto equivalência de prestações*”, que, afinal, mais não seria do que um juízo de equidade¹⁶, e não pelo recurso a fórmulas matemáticas.

pela prestação de serviços públicos de transporte de passageiros, usa a expressão “*taxa de remuneração do capital que seja habitual no sector*”.

¹¹ In *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina Coimbra, 1980, pág. 711. Realce no original.

¹² Citado por AUGUSTO DE ATAÍDE, “*Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração*” in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Ática, Lisboa, 1973, pág. 92.

¹³ E de LAUBADÉRE, ainda que apenas na parcela referente à adopção de fórmulas matemáticas.

¹⁴ In *Le fait du Prince dans les Contrats Administratifs*, Paris, 1955, pág. 131.

¹⁵ Op. cit., págs. 95/96, reconhecendo que a posição de BADAOUI é apenas um preâmbulo para a rejeição, por esse autor, da teoria do reequilíbrio financeiro, à qual AUGUSTO DE ATAÍDE não adere.

¹⁶ É, no contexto da posição de AUGUSTO DE ATAÍDE, muito interessante notar que o autor não só teoriza sobre a possibilidade de a Administração intervir nos contratos que celebra para impedir lucros excessivos como que escreve que essa intervenção se encontra fora do reequilíbrio financeiro, justamente por não ser iníqua. O apelo à “*honesto equivalência de prestações*” ao invés de aos modelos matemáticos

As observações de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA a esta construção evidenciaram, com inteiro acerto, que os raciocínios de BADAoui e AUGUSTO DE ATAÍDE assentavam numa premissa de base que realmente expressava como que um desejo de corrigir à custa de fundos públicos os erros próprios e pré-existentes do co-contratante, aproveitando a ocasião de um qualquer reequilíbrio financeiro. Ao invés, expressando o reequilíbrio económico-financeiro¹⁷ a reposição dos termos do negócio inicialmente acordado, este haveria de se processar “*em função da fórmula – exacta ou inexacta, favorável ou desfavorável – que no momento da celebração do contrato traduz a relação entre o conjunto das prestações e benefícios que levaram o particular a contratar*”¹⁸.

Pelo menos desde este conjunto de reflexões doutrinárias dos anos 80 do século passado, a opção contratual por modelos matemáticos de cálculo do valor do desequilíbrio/reequilíbrio tem apoio sólido e, crê-se, generalizado na doutrina.

É certo que os modelos matemáticos a que se referiam LAUBADÉRE, JEZÈ, PÉQUIGNOT, BADAoui ou AUGUSTO DE ATAÍDE estavam muito longe da complexidade dos Casos Base utilizados nos nossos dias. Nos tempos em que escreveram, nem sequer estavam disponíveis os instrumentos informáticos hoje generalizadamente utilizados – desde logo, o omnipresente Excel e o seu já esquecido antecessor de há apenas uns anos, o Lotus 1 2 3 – ou as estruturas contratuais típicas do *project finance* que os abraçaram entusiasticamente.

A interrogação sobre se todos teriam escrito o que escreveram conhecendo os automatismos gerados por esses instrumentos jurídicos, financeiros e informáticos não pode ser respondida, mas parece que pode permanecer no espírito de quem hoje reflecte

não haverá de ter sido estranho à defesa da limitação, por acto de poder, dos lucros excessivos. Voltaremos ao tema mais adiante.

¹⁷ Atente-se que, como salientou MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA em texto infelizmente inédito e que ousamos citar, só por comodidade se passou a usar a expressão “*equilíbrio financeiro*” em detrimento da mais correcta expressão “*equilíbrio económico-financeiro*”. Escreveu o autor: “*Na verdade, o que está em causa não são propriamente os custos e benefícios financeiros, realizáveis em dinheiro, que contam para o estabelecimento daquela equação, mas sim os custos e os benefícios económicos que cada uma delas [as partes] espera obter através da execução do contrato. O que sucede é que, em regra, para tornar operativo o direito à reposição, é necessário traduzir aquela equação económica numa equação em dinheiro para aferir, a partir daí, o que é que cada uma delas deve repor a outra, exprimindo-se esse dever, em regra também, numa quantia monetária. Sem prejuízo, porém, de isso não corresponder a um imperativo legal ou dogmático, podendo a reposição ser feita (e o próprio desequilíbrio a ela subjacente ser aferido) através de outros instrumentos que não o pagamento de uma verba, mas através, por exemplo, da prorrogação do prazo de duração do contrato. Por razões de mera comodidade, em vez de se falar numa reposição do equilíbrio económico-financeiro, reduz-se o conceito à reposição do equilíbrio financeiro*”. Também o CCP, em incaracterística confusão conceptual, optou pela expressão “*equilíbrio financeiro*”, nomeadamente no art.º 282.º.

¹⁸ Op. cit., pág. 711.

sobre esta realidade a dúvida metódica sobre se assim teria acontecido ou se, ao menos, as opções mais rígidas em apoio da contratualização dos modelos matemáticos não teriam tido expressão porventura mais moderada.

Seja como for, foi nesse quadro de referência que, em meados dos anos 90, foi fixado porventura pela primeira vez em Portugal e em contrato administrativo¹⁹ um mecanismo de reequilíbrio financeiro com recurso a um modelo matemático, logo designado por Caso Base.

Longe estaria encontrada a explicação para essa escolha se não se ativesse a mais prosaicas motivações que estiveram ao tempo presentes. Desde logo, avultaram as reservas sobre o detalhe e precisão do regime do Código do Procedimento Administrativo vigente ao tempo da assinatura de todos os contratos deste tipo²⁰, sobretudo aos olhos de financiadores estrangeiros, habituados a regulações de matriz anglo-saxónica já ao tempo muito associadas ao “*financial modelling*” como forma de cálculo da rentabilidade dos investimentos e, em regra, muito avessos à assumpção de riscos não mensuráveis, entre eles o risco da incerteza gerada pela lei. Depois, a constatação de que a via de financiamento escolhida pelo Estado e pelos parceiros privados para a grande maioria deste tipo de projectos – o regime de *project finance*²¹, com limitação do objecto social e das receitas das sociedades veículo especificamente constituídas para serem titulares das concessões àquelas que a própria concessão gerasse – é incompatível com hesitações ou incertezas quanto ao cálculo do valor do reequilíbrio financeiro, quando este for devido.

A relevância prática da construção doutrinária de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e de muitos outros que se foram pronunciando sobre o tema é muito significativa e influenciou – ou deu-se uma feliz coincidência, com maior probabilidade – o modo como foram sendo construídos os vários Casos Base que são usados no nosso país²².

O uso de modelos matemáticos, do mesmo passo que aumentou a certeza e a segurança jurídica dos contratos que os adoptaram, suprimindo as manifestas

¹⁹ Cremos que o contrato pioneiro foi o chamado Contrato Lusoponte, referente à concessão da operação e manutenção da Ponte 25 de Abril e à construção, financiamento e operação e manutenção da Ponte Vasco da Gama.

²⁰ Na verdade, o CCP entrou em vigor quando quase todo o programa de concessões já tinha terminado. O contrato referente ao TGV, que o adoptou *avant la lettre*, em diploma excepcional que estipulou a sua aplicação antecipada relativamente à data prevista para a entrada em vigor da nova lei, nunca chegou a entrar em vigor por via da recusa de visto pelo Tribunal de Contas.

²¹ Seja na versão *limited recourse project finance*, seja na versão mais agressiva *no recourse* que, em bom rigor, nunca foi adoptada em qualquer dos projectos portugueses.

²² Na realidade, apesar de haver várias dezenas de contratos do tipo que vimos descrevendo, os Caso Base que se usam seguem dois ou três modelos padrão.

insuficiências de lei, assegurou que o cálculo dos montantes financeiros necessários ao reequilíbrio do contrato incluísse sempre não só o custo em si mesmo das prestações modificadas mas, também, a remuneração accionista esperada, calculada sobre a soma dos custos iniciais e dos custos acrescidos²³.

O que é talvez singular na construção desses modelos financeiros relativamente ao que a doutrina havia identificado é que a simulação neles de maiores custos e dos montantes necessários à reposição da equação financeira inicial repõe também, e sempre, a própria estrutura financeira da proposta, observando as regras referentes, por exemplo, à manutenção de saldos de caixa ou de valores mínimos de certas contas reserva²⁴ mas também as regras, absolutamente cruciais para os financiadores de capitais alheios, do *cash-flow waterfall*, ou seja, da ordem pela qual podem ser libertados para financiadores e accionistas os fundos livres gerados pelo empreendimento concessionado, em pagamento/remuneração das suas aporções.

O fenómeno advém de a estrutura dos Casos Base estar muito para lá das habituais descrições doutrinárias sobre o seu conteúdo, que lhe apontam apenas a característica de conter “*as projecções, as estimativas e os cenários de ocorrência provável quanto à evolução das variáveis que influenciam o desenvolvimento de um negócio, quer ao nível dos gastos (mão-de-obra; preços dos produtos), quer ao nível dos rendimentos (preços dos utilizadores; outras fontes de rendimento)*”²⁵. Na verdade, os Casos Base reproduzem, para além disso, os termos e condições dos financiamentos de capitais alheios e de capitais próprios, simulam regras de amortização e balanços futuros, prevêm as cargas fiscais, demonstram prazos de reembolso, rácios e *cash flow*, assumem taxas de inflação e níveis de procura e estabelecem custos de operação e manutenção corrente e extraordinária, numa teia extraordinariamente interconectada de fórmulas e valores²⁶.

²³ Efeito contratualizado expressamente na generalidade dos contratos deste tipo, que impõem a reposição obrigatória da Taxa Interna de Rentabilidade accionista, mesmo quando obrigam também à reposição de rácios que interessam sobretudo à defesa dos financiadores de capitais alheios.

²⁴ As contas de reserva são, tipicamente, alimentadas pelo *cash flow* libertado e vão sendo capitalizadas ao longo do tempo com certos valores mínimos, que são mobilizados prioritariamente relativamente ao reembolso de capitais alheios e próprios. Servem para fornecer os fundos necessários a actividades futuras expectáveis, como grandes reparações ou investimentos em aumentos numerários da oferta.

²⁵ PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pág. 561.

²⁶ A dimensão da complexidade dos modelos financeiros pode talvez ser apreciada na consideração de que, tipicamente, um Caso Base contém pelo menos os seguintes capítulos, equivalentes, cada um, a uma folha de cálculo com milhares de células e não menos milhares de fórmulas: Balanços previsionais, Contas de Resultados previsionais, fontes de receita e utilizações de fundos, cálculo de *cash flow*, receitas operacionais, plano de investimento, custos de operação e manutenção, custos de grandes reparações,

Esta forma de construir os Casos Base tem um efeito inelutável: o cálculo dos valores necessários à reposição do equilíbrio financeiro implica necessariamente a reposição não só dos custos e da remuneração accionista mas, também, os termos, condições e valores da remuneração de capitais não accionistas. Em regra, este efeito aumenta de forma muito significativa os valores necessários à reposição do equilíbrio financeiro, não tanto porque se trate de compensar perdas reais, seja associadas a capitais próprios, seja associadas a capitais alheios, mas, antes, porque a manutenção de estruturas de financiamento concebidas para uma normalidade entretanto alterada e revisitada por vezes muitos anos após não só a sua representação inicial no Caso Base mas, também, após o evento que causou o desequilíbrio se revela muitíssimo ineficiente, gerando valores de compensação objectivamente excessivos mas cujo excesso é indemonstrável sem reconstrução dos Casos Base, que não é compaginável com o princípio da sua imutabilidade, por sua vez consequência da fórmula $a/b = a'/b'$.

A questão reside portanto em saber se correspondem à aplicação da ideia expressa na fórmula $a/b = a'/b'$ aqueles casos, e são a esmagadora maioria, em que a utilização de modelos matemáticos no cálculo dos valores necessários à reposição do desequilíbrio económico-financeiro repõe não só os termos iniciais da remuneração do co-contratante mas, também, os termos iniciais da remuneração dos financiadores terceiros.

Assinale-se desde já que o problema só se coloca no que se refere aos financiadores de capitais alheios, mas não em relação a todos os terceiros subcontratados pelo co-contratante privado (construtores, empresas encarregues da operação e manutenção, etc.) porque em relação a estes a respectiva remuneração só é simulada nos Casos Base no que respeita à inserção dos preços contratados como custo operacional ou de investimento e não tem nenhum efeito multiplicador ou outro no cálculo do valor do desequilíbrio/reequilíbrio, justamente porque a respectiva simulação nos Casos Base não aporta consigo os mecanismos de *cash flow waterfall* e de contas de reserva que os financiamentos de capitais alheios impõem.

A resposta ao problema colocado reside em saber se a noção de “co-contratante particular” que se deseja que saia economicamente ileso do exercício do poder de modificação unilateral do contrato pela Administração inclui aqueles que, colocados fora do seu perímetro pessoal, todavia condicionam o conteúdo da base da proposta comercial apresentada ao co-contratante público, desde logo porque impõem condições

custos de expansão ou alargamento, condições de financiamento, cálculo de rácios e cálculos de rentabilidade.

de construção dos Casos Base que visam primariamente assegurar o seu reembolso e não o dos co-contratantes, justamente em consequência da sua participação largamente maioritária na aporção de capitais necessários ao investimento no empreendimento concessionado²⁷.

Parece dever entender-se que, naqueles casos em que a fórmula matemática for contratualmente adoptada pelas partes e contiver o efeito que vimos descrevendo acima, a noção de “co-contratante particular” haverá efectivamente de incluir os financiadores de capitais alheios, para o restrito efeito da definição do montante devido em sede de reequilíbrio financeiro, uma vez que os Casos Base fazem parte do acervo contratual e, para além disso, assumem por vontade contratualmente expressa a função de consagração dos termos económico-financeiros globais com base na qual se formou a vontade de contratar dos dois outorgantes, público e privado²⁸. Por outro lado, e do ponto de vista da justiça substancial que se pretende obter com o uso de modelos matemáticos, não deixa de ser impressiva a participação largamente maioritária de capitais alheios no financiamento de projectos usualmente contratados em regime de concessão e de *project finance*. Também aqui, o uso de modelos matemáticos, as novas técnicas financeiras e os mais recentes instrumentos informáticos forçam uma alteração porventura não antecipada por LAUBADÈRE, JEZÈ, PÉQUIGNOT ou AUGUSTO DE ATAÍDE na noção de co-contratante privado em sede de reequilíbrio económico-financeiro: na realidade, não só o conceito passou a incluir quem não contrata directamente com o parceiro público mas, ainda, o reequilíbrio faz-se, sobretudo, em benefício dessas entidades e não da parte privada no contrato²⁹.

Já nos casos em que nada haja sido previsto no contrato, a situação será diversa: seja nos termos do actual art.º 282.º do CCP, seja nos termos da doutrina do equilíbrio económico-financeiro, o que haverá a repor são as condições que resultavam para o co-

²⁷ Tipicamente, os contratos de concessão que contratualizam o Caso Base são financiados entre 75% a 90% por capitais alheios e financeiros.

²⁸ Tal como salientou MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA “*nos casos em que o contrato disponha sobre a matéria [como se repõe o equilíbrio financeiro dum contrato, abalado por um acto do Poder que torne mais gravosas ou difíceis as prestações de uma das suas partes], será de acordo com as regras aí contidas que se compensará o co-contratante prejudicado pelo agravamento das suas prestações*”. Op. cit, pág. 710.

²⁹ O facto de, por vezes, na prática, os fundos de reequilíbrio não terem como destino os financiadores não demonstra o contrário do que escrevemos mas, antes, que as regras de *cash flow waterfall* os protegem até ao limite do possível. Porventura iludida pela verificação empírica de que o destinatário comum daqueles fundos são os accionistas, uma parte da doutrina construiu o entendimento de que o principal indicador a repor em processo de reequilíbrio é a TIR e não os rácios “bancários”. É um erro que resulta da aparência das coisas, tal como gerada pelos contratos de financiamento e pelos Casos Base, e não da sua substância.

contratante, e apenas para ele, do equilíbrio inicialmente estabelecido³⁰.

3. O segundo eixo das reflexões que se crê resultar do que tem sido tratado na doutrina e na “*jurisprudência arbitral*” situa-se em saber se, no cálculo dos montantes de reequilíbrio financeiro utilizando Casos Base, deve a reposição da equação a/b ser efectuada sem levar em conta as eventuais divergências entre os valores de a e/ou b dela constantes e a realidade efectivamente observada.

Deve logo notar-se que, cremos que na totalidade dos contratos onde se encontra previsto o mecanismo do Caso Base, se encontra prevista a sua imutabilidade durante o período de vigência do contrato, salvo para reflectir os termos do reequilíbrio financeiro. Pelo menos num caso, o contrato prevê mesmo que, no caso de o reequilíbrio financeiro ser decidido por tribunal a decisão deste “*deverá conter, sob pena de nulidade, expressa referência aos efeitos que produz no Caso Base, contendo instrução detalhada sobre as alterações que as Partes, em sua execução, deverão nele introduzir*”³¹.

Esta previsão muito comum tem um significado essencial, que em tudo decorre da teoria do equilíbrio económico-financeiro dos contratos administrativos, e que reside na circunstância de não poder ser corrigido após a adjudicação o erro, voluntário ou involuntário³², nas previsões que sobre a e/ou b, isto é, sobre o valor dos sacrifícios e/ou

³⁰ Cf. art.º 282.º do CCP. Vale a pena notar que a redacção desta disposição da lei, aliás a exemplo de muitas outras relativas a concessões de obra e serviço público, copiou cláusulas contratuais ínsitas nos vários contratos de concessão existentes ao tempo da elaboração do Código. Essa técnica legislativa é muitíssimo criticável, desde logo porque não é possível separar as disposições contratuais típicas de acordos celebrados em regime de *project finance* dessa construção contratual, evidentemente muito longe de ser única. No caso do art.º 282.º, o absurdo dessa opção traduz-se, de forma mais visível, no n.º 4, que impõe que a reposição do equilíbrio seja, sempre, única, completa e final, limitação que decorre apenas e só de tal regime e que não tem o mais remoto sentido ou alcance útil no caso de contratos administrativos – e são a vasta maioria – em que tal regime de financiamento não foi adoptado. Repare o leitor que o legislador parece ter-se dado conta, a meio do texto do n.º 4, dos efeitos do que estava a escrever e acrescentou a extraordinária excepção de que poderia assim não ser nos casos em que não houvesse concordância “*entre as partes*” sobre a existência, incidência ou quantificação do desequilíbrio financeiro, sem se dar conta que essa formulação não impede os tribunais chamados a decidir eventual litígio de aplicar compensações que não sejam únicas, ou totais ou completas, hipótese que, nos contratos em regime de *project finance*, os destruirá de imediato.

³¹ Cf. Base 96, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 392-A/2007, de 27 de Dezembro. A disposição espelho consta do contrato a que se referem as Bases de Concessão aprovadas por este diploma.

³² Não são raros - pelo contrário - os casos em que as previsões técnicas de procura ou de custos são corrigidas de forma relativamente arbitrária, por razões de prudência, insegurança ou pressão competitiva, nas propostas adjudicadas. Trata-se de “erros”, no sentido do texto, voluntários. Também não são raros – muito pelo contrário, são frequentes – os erros clamorosos, causados por deficiências nos estudos técnicos ou optimismos excessivos dos co-contratantes, das previsões de procura. Trata-se de erros involuntários, no sentido da expressão “erro” usada no texto. Enfim, o bom senso evidencia que as previsões sobre taxas de inflação, crescimento económico ou preços das matérias primas feitas a 20 ou 30 anos de distância, como sucede frequentemente nos contratos que modelam matematicamente rentabilidades futuras que são

dos benefícios gerados pelo contrato, as partes fixaram no Caso Base. Neste contexto, a expressão “erro” inclui todas aquelas divergências entre a realidade estimada e a realidade efectiva que não façam surgir na esfera jurídica do co-contratante o direito ao reequilíbrio económico-financeiro. Com efeito, nos termos do art.º 314.º do CCP, tal direito existe apenas nos casos de exercício lícito mas iníquo dos poderes de modificação do contrato que cabem ao parceiro público para lá da normal conformação da relação contratual; ao invés, nos casos de alteração anormal e imprevisível da equação $a/b = a'/b'$ que não decorra desse exercício subjectivo dos poderes do contratante público mas resulte, antes, de circunstâncias objectivas alheias ao controlo das partes^{33 34}, caberá compensação calculada com base na equidade³⁵. Significa isto, portanto, que o uso de modelos matemáticos para calcular o montante da reposição do equilíbrio financeiro fica confinado aos casos de modificação subjectiva do contrato que alterem a equação económico financeira a/b e que, justamente por assim ser, as divergências entre a realidade e as previsões dos Casos Base não devem ser corrigidas nesse processo.

4. O terceiro eixo das reflexões que se deve identificar diz respeito à questão das prestações modificadas que se afastem significativamente das originais.

Não se trata, claro, de alterações do objecto contratual que por completo o desvirtuem: essas sempre seriam porventura impedidas em consequência da imutabilidade do objecto contratual que rege os contratos administrativos.

Não são porém difíceis de imaginar situações em que o poder conformativo do parceiro público implique a adição às prestações do co-contratante particular de sacrifícios de tipo (e, logo, custo e preço) absolutamente diverso (e, logo, imprevisível) dos inicialmente configurados, sem que tal implique alteração do objecto contratual.

Como aplicar nesse caso um modelo matemático que não contém elementos de referência das novas prestações ?

fundadas, também, nessas antecipações frágeis da realidade – e, portanto, calculam os desequilíbrios e o reequilíbrio igualmente no quadro desses cenários – apresentam uma elevadíssima probabilidade de insucesso, mesmo que a vontade das partes contratantes seja naturalmente a oposta.

³³ Naturalmente, apenas nos casos em que os efeitos das alterações causadas por tais circunstâncias objectivas devam ser partilhadas entre os contratantes.

³⁴ Cf., sobre a distinção entre causa objectivas e subjectivas de alteração dos contratos administrativos, CARLA AMADO GOMES, *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, 2008, págs. 545 e seguintes.

³⁵ Retomando o CCP, com alterações, no campo dos contratos administrativos, a regulação do art.º 437.º do Código Civil.

Tome-se o exemplo da criação de um novo tributo incidindo sobre o co-contratante cujo valor é determinado, nos termos do acto subjectivo da sua criação, em função dos níveis de procura realmente registados no empreendimento concessionado. Admita-se que não existe dúvida de que a situação descrita gera direito ao reequilíbrio financeiro e de que, portanto, o parceiro público deve indemnizar o co-contratante pelos encargos inesperados. Deve, na simulação do valor do sobrecusto no Caso Base e no cálculo da compensação, ser utilizada a procura neste prevista no cálculo do novo tributo ou o valor efectivo deste, calculado sobre a procura real? A resposta não é tão imediata quanto parece³⁶: com efeito, não é possível alterar o Caso Base, nele introduzindo novos níveis de procura, desde logo porque o desequilíbrio do nosso exemplo não está com ela relacionado. Aliás, tal modificação provocaria por si só um efeito devastador no equilíbrio inicial mesmo antes de se simular no Caso Base o impacto do sobrecusto, justamente pela interligação intensa dos valores e fórmulas que dele constam, e tal efeito seria tanto maior quanto maior fosse a divergência entre a previsão da procura e a realidade. Por outro lado, calcular o valor do sobrecusto usando níveis de procura que se sabe de antemão não serem reais fará divergir o sobrecusto real, resultante da aplicação da norma que criou o novo tributo, do sobrecusto ficcionado, modelado no Caso Base. Compreender-se-á, ademais, que o exemplo não funciona apenas em desfavor do parceiro público: também poderá funcionar em desfavor do co-contratante particular, se a procura real for superior à simulação contida no Caso Base. A situação agrava-se, claro, se for tomada à letra o art.º 282.º, n.º 4, do CCP, na parte em que ordena que a reposição do equilíbrio económico-financeiro seja única, completa e final para todo o período do contrato, isto é, se se ler nessa regra que o valor da reposição deve ser pago de uma vez só, calculando-se o valor actual dos pagamentos futuros do referido tributo³⁷. É que, nesse caso, a divergência entre o valor realmente pago pelo tributo e o seu valor actualizado simulado no Caso Base será ainda maior, porque se propaga por mais tempo³⁸.

³⁶ O caso foi debatido em litígio arbitral recente e foi objecto de opiniões absolutamente divergentes de grandes administrativistas que sobre ele se pronunciaram. O entendimento que professamos foi o que veio a ser finalmente julgado aplicável, ainda que com fundamentação parcialmente diversa.

³⁷ Claro que assumimos no exemplo que os danos futuros são indemnizáveis, isto é, são determináveis ou determinados.

³⁸ Em alguns casos, e justamente em virtude dos automatismos dos Casos Base, a indemnização de reequilíbrio financeiro será tão massivamente diversa e superior ao sobrecusto e preço realmente devidos que a equação financeira nele contida ficará totalmente desvirtuada, implicando por exemplo a amortização antecipada dos financiamentos de capitais alheios ou a criação de enormes volumes de *trapped cash*, isto é, liquidez que não pode ser distribuída a accionistas e/ou financiadores e que, por isso, fica “encurralada” nas contas bancárias do co-contratante.

Tome-se agora o exemplo de um co-contratante encarregue de explorar uma rede de distribuição de água ao domicílio cujo contrato contém a definição do que se deve entender por “*água potável*” e a quem a Administração impõe, por razões de manifesto interesse público e já depois da outorga do contrato, que elimine da água que distribui uma bactéria antes inexistente na zona da referida rede e, por isso, ignorado na definição contratual de “*água potável*”. Admita-se que essa eliminação implica a realização de investimentos e de despesas de operação e manutenção futuras cujo tipo (e, logo, custo ou preço) não tem nenhuma relação com os investimentos e custos de operação e manutenção inicialmente assumidos e, por essa razão, constantes do Caso Base, seja quanto o seu custo, seja quanto à remuneração exigida pelo co-contratante para a sua realização³⁹.

Bem se observará que, em ambos os casos, o recurso ao Caso Base como único meio de calcular o desequilíbrio económico-financeiro e a correspondente indemnização se revela injusto, no primeiro caso, e provavelmente injusto⁴⁰ e impossível, no segundo, e que, acima de tudo, em nenhum os casos a’/b’ será igual a a/b.

Parece portanto que, nestas situações, se haverá de limitar o Caso Base a uma única função: simular o efeito de sobrecustos e valores remuneratórios do co-contratante calculados prévia e autonomamente, sem recurso ao modelo matemático. No primeiro exemplo, haverá de se calcular o valor real do tributo, usando o tráfego real, só depois simulando o resultado obtido no Caso Base; no segundo, haverá de ser determinado o valor do investimento e dos custos de operação e manutenção, por um lado, e a remuneração do parceiro privado, por outro, simulando-se de seguida, no Caso Base, apenas o sobrecusto, porquanto a simulação no modelo do lucro acordado resultaria na aplicação da taxa de rentabilidade inicial sobre ele, resultado obviamente impossível de conter no direito.

5. O quarto eixo de reflexão decorre da dificuldade observada antes quanto à convivência entre danos futuros e modelos matemáticos.

³⁹ O exemplo citado corresponde, de forma simplificada, a um caso real ocorrido em França nos anos 90 do século passado. O desfecho desse caso foi telúrico, porque acabou por implicar a resolução do contrato pela Administração com fundamento no custo desmesurado dos investimentos necessários à eliminação da bactéria em causa quando simulados no Caso Base com aproveitamento de valores de custos de investimento que eram remotamente semelhantes aos necessários mas, ainda assim, os únicos “casos paralelos” identificáveis. Não terá sido possível adotar no caso, por razões que não conseguimos identificar, a solução do primeiro exemplo que damos.

⁴⁰ Na medida em que o co-contratante, não podendo antever inicialmente a prestação que lhe veio a ser exigida, não pôde formular o seu preço com esse conhecimento.

São múltiplas as situações em que um evento de reequilíbrio económico-financeiro imputável ao contratante público produz efeitos não apenas num determinado momento no tempo mas, ao invés, afecta o equilíbrio contratual entre a data da sua ocorrência e o termo da relação contratual. Assim, por exemplo, se o contratante público alterar as especificações contratuais relativas às obrigações de operação e manutenção, implicando maiores custos e com isso desequilibrando o contrato, tais sobrecustos prolongar-se-ão em princípio até ao termo contratual ou até à revogação dessa alteração. Como se processará então o cálculo do montante necessário ao reequilíbrio financeiro de danos futuros, que o CCP ordena que seja “*única, completa e final*”⁴¹, quando é quase certo que estes serão, na maioria dos casos, incertos ?

Cite-se a solução adoptada por Acórdão arbitral recente em que o Tribunal se viu confrontado justamente com o problema da incerteza, mas não da indeterminabilidade, de danos futuros: “*a incerteza do futuro justifica, em primeiro lugar, que eventuais prejuízos causados pela existência de portagens nos anos vindouros sejam compensados à medida que ocorram, através de prestações anuais a pagar pelo Estado à concessionária, como foi subsidiariamente peticionado - e não mediante uma prestação única imediata (método que, de resto, suscitaria outros problemas, por causa da anterioridade da compensação relativamente à perda efectiva)*”⁴².

A passagem citada ilumina a dimensão do problema: o uso cego de modelos matemáticos na determinação do desequilíbrio da equação a/b nos casos em que esta se prolonga para o futuro tenderá inevitavelmente a gerar valores de desequilíbrio divergentes, por excesso ou por defeito, dos realmente verificados ou, até, dos que o próprio Caso Base calcularia se fosse convocado à operação em momento posterior e, por isso, revela-se particularmente ineficaz na reposição do equilíbrio de forma a que $a/b = a'/b'$.

Por outro lado, mesmo que, por mero acaso, os danos futuros realmente verificados coincidam com o valor calculado no modelo matemático, ainda assim não se poderia ignorar no direito o facto de que o pagamento por uma só vez, e em antecipação, do valor destinado a repor o equilíbrio económico-financeiro altera justamente a equação cujos termos iniciais pretende repor.

⁴¹ Cf. art.º 282.º, n.º 4, do CCP. A disposição é copiada de vários textos legais que aprovaram Bases de Concessão contratadas em regime de *project finance*. O fascínio irreflectido que este regime exerceu sobre o legislador levou-o a adoptar o princípio como regra geral, sem qualquer utilidade na generalidade dos casos e com prejuízo directo dos contratos financiados em *project finance*, como se assinalou atrás.

⁴² Acórdão disponível em www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Sentencas/36.2012/Sentenca.pdf. O texto citado encontra-se na pág. 184, culminando um raciocínio que o Tribunal expõe a partir da pág. 182.

Adivinha-se a observação de que a utilização de uma taxa de desconto permite tornar indiferente o tempo e as suas consequências – inflação e taxa de juro. Mas a esta nota contrapor-se-á que não se conhecem casos de modelos financeiros que contenham uma taxa de desconto acordada entre as partes para ser usada na determinação dos valores actuais de danos futuros e que essa falta é tanto mais relevante quanto a taxa de desconto usada pelo Estado para outros fins⁴³, por vezes adoptada como taxa de desconto “multi-tarefa”, produz resultados muitíssimo divergentes dos que seriam obtidos usando qualquer uma das taxas emergentes dos Casos Base⁴⁴, que medem o valor de tais fluxos na óptica do co-contratante. A questão não se coloca no plano da simulação, no Caso Base, do valor actual do reequilíbrio: com efeito, a generalidade dos modelos permite calcular, por tentativa e erro, o valor actual necessário ao reequilíbrio. O que haverá de causar dificuldade reside no facto de que, se é certo que quanto maior for a taxa de desconto menor será o valor actual dos fluxos futuros descontados e sendo o oposto também verdadeiro, o mesmo valor actual, calculado no Caso Base, terá significados financeiros distintos para o parceiro público e para o co-contratante se comparados com as respectivas expectativas de gasto e rentabilidade decorrentes da normal execução do contrato.

Ainda, notar-se-á que a equação financeira inicial inclui a percepção e realização de receitas e despesas *pari passu* e haverá assim de se entender com facilidade que essa calendarização assume, porventura de forma mais intensa do lado público, um papel primordial na decisão de contratar e na própria programação financeira plurianual que a lei tornou obrigatória⁴⁵, do mesmo passo que, do lado privado, essa característica é absolutamente essencial na construção de uma equação inicialmente equilibrada e na formação da decisão de se apresentar a concurso e de contratar.

A análise de qualquer um dos Casos Base utilizados correntemente em Portugal⁴⁶ exhibe que o pagamento de uma só vez do valor de danos futuros permite, sem dúvida,

⁴³ O Estado utiliza, no cálculo do valor actual de pagamentos futuros que tenha de realizar ao abrigo de contratos de parceria-público privada, o valor de 6,08%, correspondente a uma taxa de desconto real de 4% e a uma taxa de inflação de 2%. Cf. Despacho n.º 13208/2003, da Ministra das Finanças, de 25 de Junho, publicado no Diário da República, II Série, de 7 de Julho. O texto do Despacho, publicado ainda na vigência do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, que primeiro regulou o regime de lançamento das PPP, indica que se tratava de fixar o valor dos “*parâmetros macroeconómicos a serem usados nos estudos económico-financeiros para o lançamento da parceria [...] e respeitam à taxa de desconto e às projecções de inflação*”.

⁴⁴ Por exemplo, a TIR ou o custo médio ponderado de capitais.

⁴⁵ Cf. Lei do Enquadramento Orçamental, em qualquer uma das suas versões mais recentes.

⁴⁶ A nacionalidade não é aqui relevante, o mesmo se passa noutras jurisdições, porque as regras de cálculo financeiro não dependem da geografia.

repor a TIR⁴⁷ e permite repor, quando aplicável, os rácios de cobertura de serviço de dívida⁴⁸, mas altera significativamente a evolução da taxa de retorno efectiva do projecto⁴⁹. Ora, a evolução desta, exibida pelo cálculo dos vários valores intermédios da TIR, é da maior relevância em termos da assumpção de riscos por parte do co-contratante. Como justamente assinalou AUGUSTO DE ATAÍDE, citando e concordando com BADAQUI, no quadro de compensação atribuída em caso de resolução contratual mas descrevendo raciocínio que tem inteira aplicação no caso de pagamento de valor de reequilíbrio destinado a manter o contrato em vigor, “*allouer au co-contractant l'intégralité du bénéfice manqué peut dépasser, dans certains cas, l'indemnisation intégrale du préjudice, car le co-contractant peut avoir profité de la résiliation de son contrat pour employer son capital et son matériel dans d'autres entreprises*”⁵⁰

Tome-se o exemplo de um desequilíbrio causado pela redução, imputável ao contratante público e vigente até ao final do prazo contratual, dos níveis de procura estimados em Caso Base num arranjo contratual em que o risco de variação da procura, para além das alterações atribuíveis ao contratante público, se encontraria assumido pelo co-contratante. Admita-se que o Caso Base desse contrato imaginário prevê uma procura constante de 100.000 unidades/ano para um período de 30 anos e que, em consequência de acto do contratante público gerador de reequilíbrio económico-financeiro, a procura foi reduzida para 20.000 unidades/ano no ano 16, inclusive, e que é possível prever, usando os mesmos mecanismos de estimativa da procura futura utilizados na formação do Caso Base, que esse nível de afectação se manterá constante durante os 14 anos seguintes. Dir-se-á então que basta somar a rentabilidade⁵¹ das 80.000 unidades/ano em falta por 15 anos e calcular no Caso Base o seu valor actual para uma certa data para obter o valor da compensação a pagar nessa data e essa conclusão estará correcta do ponto de vista da reposição da TIR e dos rácios de

⁴⁷ Taxa Interna de Rentabilidade para os accionistas. A medida da TIR decorre da capacidade de um empreendimento gerar rendimentos de forma a remunerar o capital investido ao longo da toda a sua vigência. Assim, a TIR diz respeito apenas a um ponto no fim da vida do projecto, pois no seu cálculo são incluídos todos os fluxos financeiros, positivos e negativos, que ocorrem ao longo da sua duração, independentemente da data da sua ocorrência. Uma definição contratual comum de TIR é de que esta corresponde à soma do *cash flow* distribuído aos accionistas, designadamente sob a forma de juros e reembolso de prestações acessórias e outros empréstimos subordinados, dividendos pagos ou reservas distribuídas, a preços correntes, durante todo o período do empreendimento.

⁴⁸ Os chamados “rácios bancários”, que protegem a garantia de solvabilidade do devedor e liquidez ao seu dispor para efeitos de amortização dos capitais mutuados pelos financiadores e do pagamento dos respectivos juros remuneratórios.

⁴⁹ Alguns contratos intuem esse efeito, corrigindo-o pela estipulação de que deve ser observado, no cálculo da TIR, o “*calendário de reembolso accionista*” previsto inicialmente no Caso Base.

⁵⁰ Op. cit., pág. 102.

⁵¹ Isto é, o conteúdo patrimonial da equação a/b relativamente a esse número de unidades de procura.

cobertura de serviço da dívida, se aplicáveis, e é inelutavelmente a que resultará do modelo matemático. O co-contratante deveria então receber, de uma só vez, uma indemnização equivalente à relação a/b para 80.000 unidades/ano de procura durante 15 anos.

Todavia, o pagamento de uma indemnização igual à diferença entre a procura prevista no Caso Base (100.000 unidades/ano) e a estimativa da procura futura (20.000 unidades/ano) tem por efeito reduzir substancialmente o risco de procura que naturalmente é constituinte essencial do equilíbrio contratual inicialmente alcançado entre as partes. É que, o efeito de uma variação da procura de, por exemplo, 10%, observada no período futuro de 15 anos em causa no exemplo acima, que seja enquadrável no risco assumido pelo co-contratante, terá consequências económico-financeiras completamente diversas consoante incida sobre 100.000 ou sobre 20.000 unidades de procura/ano. Por outro lado, a natureza do risco contratual de procura deixaria de residir na probabilidade de variação entre as projecções do Caso Base e a realidade para se situar na probabilidade de variação entre duas projecções, a do Caso Base e a adoptada para efeitos de cálculo da redução futura de procura.

Estas razões determinam que o montante do reequilíbrio antecipatório de danos futuros indemnizáveis requer que, observando a equação $a/b = a'/b'$ que está no cerne da adopção de modelos matemáticos para cálculo do reequilíbrio financeiro, o art.º 282.º, n.º 4, do CCP⁵² seja interpretado no sentido de que a fixação da compensação haverá de ser única, completa e final mas não deverá ser concretizada num valor único, imediato e descontado.

O texto da parte final do n.º 4 do art.º 282.º do CCP não trata do problema acima descrito. É que, o legislador contrapôs a indeterminabilidade actual do valor monetário de danos futuros, um problema aliás resolvido na doutrina e na lei há mais de cinco décadas a que o CCP acrescenta a duvidosa clarificação de que a indeterminabilidade só releva se não for possível recorrer a critérios de razoabilidade na avaliação “*imediata*”, à reposição “*única, completa e final*”, exibindo grande confusão conceptual. Com efeito, uma coisa é ser impossível determinar no momento presente um certo dano futuro mas existirem critérios que permitirão a sua determinação futura e outra, completamente diferente, é ser possível calcular imediatamente o dano futuro e ainda assim a compensação de reequilíbrio económico-financeiro, sendo única, completa e final, não

⁵² E, naturalmente, as várias disposições contratuais e legais pré-existentes que o Código copiou sem juízo crítico.

dever ser expressa em valor descontado mas, como decidiu o Tribunal Arbitral no Acórdão já citado, de forma que “*eventuais prejuízos causados pela existência de portagens nos anos vindouros sejam compensados à medida que ocorram, através de prestações anuais a pagar pelo Estado à concessionária*”.

6. Uma quinta reflexão sobre o uso de Casos Base relaciona-se com os efeitos do reequilíbrio económico-financeiro nos próprios modelos financeiros.

A questão é esta: fixado o montante da compensação que repõe o equilíbrio financeiro, deve o Caso Base contratual ser alterado para o reflectir ?

Na maior parte dos contratos que adoptaram o modelo de cálculo do reequilíbrio através do Caso Base, encontra-se prevista, a par da regra da sua imutabilidade, a excepção da possibilidade, mas não da obrigatoriedade, da sua alteração em consequência do reequilíbrio financeiro. Essa regra tem sido por vezes interpretada no sentido de que a partir do momento em que for calculado e atribuído ao co-contratante o valor destinado a repor o desequilíbrio económico-financeiro futuro, o Caso Base deve ser revisto para, no exemplo acima, passar a prever apenas 20.000 unidades/ano de procura em lugar das 100.000 que figuravam na equação financeira inicial⁵³.

Parece, todavia, que assim não é.

Deve ser notado que os vários factores numéricos que se encontram inscritos nos Casos Base, porque têm natureza e origem diversa, podem ser afectados de várias formas e que a sua modificação tem consequências muito diferentes nesses modelos. Assim, por exemplo, se o desequilíbrio se reportar a sobrecustos de construção, que tipicamente ocorrem nos primeiros anos de vigência da parceria e ficam circunscritos a esse tempo, a alteração do Caso Base para passar a incluir um valor suplementar de investimento e um valor de reposição do respectivo equilíbrio matemático não terá nenhum efeito, útil ou inútil, na relação entre as partes ou no próprio Caso Base, porque esse sobrecusto não terá em regra nenhuma implicação ou conexão com outros termos do Caso Base. Se, por outro lado, a modificação se reportar a alterações de procura, sobretudo nas concessões que dependem maioritariamente do seu nível para gerar *cash-flow* disponível que permita amortizar financiamentos e gerar lucros para os accionistas, ou se reportar a reduções do objecto, no caso das concessões cuja rentabilidade assenta em pagamentos por disponibilidade, a revisão do Caso Base para passar a prever os

⁵³ Cf., por exemplo, PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pág. 565.

novos níveis futuros estimados de procura ou para passar a prever os novos níveis nominais de pagamentos de disponibilidade e, num caso e noutro, o inerente valor da reposição do equilíbrio financeiro, terá quase que certamente consequências transversais a toda parceria e não apenas ao modelo financeiro. Por exemplo, verificar-se-ão reduções das obrigações de operação e manutenção ou, nas concessões rodoviárias, das custosas obrigações de alargamento de vias ou será quase certamente reduzido o valor do investimento, em todos os casos implicando redução das necessidades de fundos alheios e de fundos próprios e a redução das necessidades de provisionamento das contas de reserva.

A modificação da origem da receita ou até mesmo apenas do seu valor nominal terá assim, em regra, o efeito de alterar um dos termos da relação a/b , porquanto modifica o conteúdo do sacrifício mantendo todavia o valor do benefício, não em valor nominal mas, antes, na rentabilidade de capitais próprios e alheios. A equação inicial a/b ficará, por isso, matematicamente equilibrada na situação a'/b' , mas o conteúdo da relação contratual entre as partes contratantes sofrerá uma alteração tanto mais profunda quanto maior for a alteração a compensar em sede de reequilíbrio financeiro.

Um exemplo ilustra o que queremos significar. Tome-se uma parceria que tem por objecto a distribuição de água potável aos habitantes de uma certa área geográfica, cuja evolução demográfica é obviamente um dos termos essenciais do contrato. O co-contratante, avaliado o risco e o valor do investimento, propõe uma certa taxa de retorno, aceite pela entidade pública. Após o início da parceria, esta última toma uma decisão de planeamento que aumenta exponencialmente o número de residentes e que torna necessária, portanto, a realização de investimentos mais significativos na rede de abastecimento de água, que passa a ter maior extensão. Notar-se-á que, tratando-se de prestações idênticas às inicialmente acordadas, não será difícil calcular no Caso Base o valor dos sobrecustos em construção, operação e manutenção e do montante que, nele simulado, haverá de reequilibrar o modelo financeiro. No caso, assegurar-se-ia com relativa facilidade que $a/b = a'/b'$.

Admita-se que o valor do sacrifício era, antes e depois da alteração provocada pela autoridade pública, respectivamente de 50 milhões de euros e de 600 milhões de euros. Consideremos também o exemplo oposto: a decisão administrativa de planeamento reduziu a população da área em causa e reduziu por isso o sacrifício, de 600 para 50 milhões de euros.

Em ambos os casos, haveria ainda assim de se manter a taxa de rentabilidade

inicialmente ajustada, isto é, o benefício do co-contratante ? E, no caso de a resposta ser positiva, o mesmo sucederia se a justificação para o aumento/redução do sacrifício residisse na necessidade/desnecessidade de o co-contratante edificar, por exemplo, uma obra de engenharia especialmente complexa e arriscada ?

O exemplo ilustra o que postulámos acima: um dos limites, porventura o mais sério, à utilização exclusiva de modelos financeiros na reposição do equilíbrio financeiro de contratos administrativos é que, do mesmo passo que permite com facilidade que a'/b' permaneça igual a a/b, tem o efeito de, em certos casos, desequilibrar a relação de parceria que, evidentemente, lhe é anterior e sobre ela releva.

Esse efeito paradoxal só ocorrerá, porém, se a revisão do Caso Base não for acompanhada de uma revisão dos próprios termos da parceria.

Na lei italiana contem-se regulação que parece resolver o ponto. Com efeito, o art.º 143, n.º 8, do *Codice dei Contratti Pubblici*⁵⁴, dispõe que “[...] *I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario [...] comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente. [...]*”

E acrescenta o n.º 8-bis: “*Ai fini della applicazione delle disposizioni di cui al comma 8 del presente articolo, la convenzione definisce i presupposti e le condizioni di base del piano economico finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione. La convenzione contiene inoltre una definizione di equilibrio economico finanziario che fa riferimento ad indicatori di redditività e di*

⁵⁴ Na redacção de Agosto de 2013. O texto integral e actualizado está disponível em, por exemplo, www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/NormativeDiSettore/_sommarioCodice.

capacità di rimborso del debito, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi.”.

A lei italiana trata, portanto, a alteração do equilíbrio económico-financeiro de uma perspectiva inteiramente diversa da lei e da prática portuguesas, impondo uma obrigação de *contraendo ex lege* impositiva para a Administração Pública, que visa a redeterminação das novas condições de equilíbrio económico-financeiro: sempre que os pressupostos de base do equilíbrio contratual forem alterados por acto imputável ao contratante público, deve ser fixado novo conjunto de pressupostos, o que será feito “*a favore*” do co-contratante ou “*a favore*” do contratante público, conforme aplicável. Não assim na lei portuguesa, que não regula o desequilíbrio financeiro em sede da obrigação de re-contratar mas, antes, no quadro da obrigação de manter imutados os termos da contratação original. Se parece difícil de enquadrar na lei nacional a sugestão de PEDRO GONÇALVES⁵⁵, a propósito de uma eventual obrigação de re-contratar como consequência da revisão obrigatória do Caso Base, não é menos verdade que a solução italiana desfere um rude golpe no hábito de considerar que o reequilíbrio financeiro só existe “*a favore*” do co-contratante, que se pressente por exemplo em JÈZE, ainda que em posição temperada com a assumida pelo autor quanto à limitação da remuneração do co-contratante: “*les profits doivent être limités: la rémunération doit être raisonnable, normale, sans plus; par contre, ces profits, cette rémunération doivent avoir une grande stabilité*”⁵⁶.

Não surpreende que assim seja. Com efeito, o valor da remuneração do risco tomado pelo co-contratante tem, é sabido de há muito, um limite impositivo que reside na noção de “*justa remuneração*”, objecto de infundáveis debates doutrinários a que decisões da Comissão Europeia e do TJUE a propósito da determinação concreta do que é sobre-remuneração e, logo, auxílio de Estado proibido pelas regras da livre concorrência, veio trazer maior clareza⁵⁷. Como veremos adiante, a utilização de modelos matemáticos no cálculo dos desequilíbrios e reequilíbrios económico-financeiros, se em alguns casos

⁵⁵ Op. cit..

⁵⁶ G. JÈZE, *Théorie Générale des Contrats de l'Administration*, tomo 2, pág. 545-546.

⁵⁷ Desde logo, deve ser citado o Acórdão Almark, de 24.7.2003, na parte em que decidiu que o nível de remuneração deve ser calculado de acordo com o *standard* de uma empresa média, correctamente gerida e adequadamente equipada. Mas devem ser recordadas, também, as sucessivas decisões da Comissão – por exemplo, a Decisão 2005/842/CE relativa à aplicação das disposições do art.º 86, n.º 2, do Tratado CE – e a generalidade das Directivas e Regulamentos europeus que versam sobre o tema da remuneração do co-contratantes encarregues pela Administração da realização de tarefas públicas, que adoptam a ideia de que a remuneração justa é aquela que é calculada de acordo com uma taxa de remuneração dos capitais próprios que tenha em conta o risco transferido para o particular.

impõe a redefinição global dos termos da parceria, tem também efeitos surpreendentes no prazo dos contratos que o utilizam como referência.

7. Uma sexta reflexão diz respeito ao uso do Caso Base na circunstância de ocorrência de causas concorrentes de desequilíbrio financeiro apenas parcialmente atribuíveis ao parceiro público.

Objecto de múltiplos e muito vultuosos litígios arbitrais que tiveram lugar nos anos mais recentes, a questão coloca-se de forma muito simples: tendo o parceiro público causado um aumento de custos ou uma perda de receitas ao co-contratante e co-existindo outras causas de redução da receita ou aumento dos custos não atribuíveis ao contraente público, deve a indemnização ser calculada relativamente à soma dos efeitos destas causas concorrentes ou, apenas, quanto ao evento atribuível à Administração ?

O tema relaciona-se com o objecto do presente texto: qual é afinal o papel do Caso Base ? Pode um processo de reequilíbrio financeiro deixar vigente, depois de concluído, um Caso Base ainda assim desequilibrado por causa que não se teria julgado indemnizável pela parte pública ?

O debate conta com uma clarificação que julgamos decisiva contida em Acórdão que já citámos⁵⁸. Ali decidiu o Tribunal que *“apenas se justifica uma reposição integral do equilíbrio financeiro (a cargo do Estado e dos contribuintes) quando: a) o "desequilíbrio" seja causado por uma decisão de autoridade (intencional), b) que atinja o conteúdo do contrato (alternativa à respectiva modificação unilateral pelo contraente público) ou então c) que se projecte especificamente nas circunstâncias que fundam a celebração do contrato, gerando directamente um prejuízo substancial grave para o contraente privado, equiparável a uma modificação unilateral”*⁵⁹, e que *“Não se pode esquecer que os contratos de concessão de obras públicas, enquanto parcerias de colaboração entre o Estado e os privados, estabelecidas por prazos longos e com uma remuneração assente substancialmente nos resultados da exploração, são contratos administrativos em que, ao contrário do que acontece com a generalidade dos contratos privados, o risco assume uma centralidade relacional”*⁶⁰.

No caso em apreço, *“A Demandante, invocando a Cláusula 86.1. - nos termos da qual "o Caso Base constante do anexo n.º 10 do Contrato de Concessão representa a*

⁵⁸ Cf. Acórdão disponível em www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Sentencas/36.2012/Sentenca.pdf.

⁵⁹ Decisão citada, pág. 144.

⁶⁰ Idem, pág. 149-150.

equação financeira com base na qual será efectuada a reposição do equilíbrio financeiro da Concessão - , pretende que a reposição seja definida em função do tráfego previsto no Caso-Base. O Estado deveria indemnizar, não apenas as perdas directamente decorrentes da introdução de portagens [na Auto-estrada A29, geralmente conhecida coo a SCUT da Costa de Prata], mas também aquelas que foram causadas por outros factores, isto é, deveria repor o equilíbrio financeiro em toda a medida em que a realidade se afastou das previsões da concessionária, fixadas no Caso Base, como tal aceite pelo Estado”⁶¹.

Ora, decidiu o Tribunal, *“Tal pretensão revela-se, no entanto, infundada, na medida em que a referenda contratual da reposição do equilíbrio financeiro ao Caso Base não pode significar, designadamente nos contratos de concessão, a eliminação do risco do contraente privado, com a garantia total da rentabilidade e das expectativas de lucro (ainda que só quando sobrevenha uma causa de reposição)”⁶², porque “a reposição do equilíbrio em função do tráfego previsto no Caso Base implicaria, aliás, uma alteração substancial do contrato, defraudando completamente a cláusula de risco”⁶³.*

Decisivamente, *“Não é, de facto, compreensível ou razoável que a concessionária suporte o risco da redução de tráfego [...] mas, caso haja uma qualquer intervenção do Estado que confira direito à reposição, possa ser ressarcida de todas as perdas sofridas, mesmo que não causadas por essa intervenção. A ser assim, o contrato transmutar-se-ia num contrato de jogo, em que a alea de uma eventual interferência estadual durante a vida do contrato excluiria o risco assumido - se houvesse uma intervenção susceptível de gerar reposição, a concessionária veria integralmente eliminadas as diferenças entre as suas projecções de tráfego e a realidade; se não houvesse uma tal intervenção, assumiria integralmente os prejuízos resultantes das falhas de previsão”⁶⁴.*

A resposta às duas perguntas colocadas acima é agora fácil: o Caso Base serve como instrumento de cálculo do desequilíbrio causado por acto imputável à autoridade administrativa e esse cálculo deixá-lo-á, no que respeita ao evento em questão, reequilibrado, mas também inelutavelmente desequilibrado em consequência da divergência entre as previsões nele contidas e a realidade, na medida em que aquela se contenha na margem de risco do co-contratante.

⁶¹ Idem, pág. 175.

⁶² Idem.

⁶³ Idem, pág. 177.

⁶⁴ Idem, pág. 178-179.

É por isso, salientou o Tribunal, que *“tendo o risco de tráfego sido assumido integralmente pela Concessionária, salvo na medida em que haja lugar a reposição por desequilíbrio causado por intervenção do Estado, deve ser tomada em consideração, para efeitos de reposição, a perda de tráfego efectivo imputável à introdução de portagens na Costa de Prata (22,6% do tráfego real) e não essa mesma percentagem aplicada ao tráfego originariamente estimado no Caso Base”*⁶⁵.

Em suma, a utilização de modelos matemáticos na reposição do equilíbrio financeiro não pode ser interpretada como obrigando as partes a recriar a rentabilidade inicialmente neles estimada e entretanto perturbada por eventos colocados na esfera de risco assumida pelo co-contratante.

Contra esta (óbvia) conclusão tem sido apontado o argumento, aliás não jurídico, de que será difícil identificar em cada circunstância as parcelas de aumento de custos ou de perda de receitas cuja origem, em situação de causas concorrentes mesmo que não coevas, se deverá incluir no risco do co-contratante ou no risco do parceiro público, sobretudo quando a variação de custos ou receitas decorre da modificação do mesmo pressuposto assumido no Caso Base, tipicamente o nível de procura.

O argumento não colhe de forma nenhuma.

Desde logo, porque a teoria de que não é tecnicamente possível identificar a redução de procura atribuível a um facto específico⁶⁶ quando coexistir simultânea ou preteritamente uma outra causa de redução de tráfego⁶⁷ é rechaçada pela evidência de que os estudos de procura⁶⁸ assentam seminalmente na identificação dos factores e circunstâncias que causam procura. Não é realmente possível produzir estimativas de procura sem antes serem identificadas as origens e os destinos da procura que se estima venha a utilizar o empreendimento concessionado. Ora, assim sendo, é tecnicamente possível identificar a perda de procura gerada, por exemplo, pelo encerramento, pela não construção ou pela alteração das características de um qualquer indutor de procura e segregar essa causa e os seus efeitos de outros factores que contribuam para a variação da procura⁶⁹. Depois, porque se verifica com facilidade que em todos os casos em que é

⁶⁵ Idem, pág. 181.

⁶⁶ No caso do Acórdão acima citado, a introdução de portagens numa concessão vizinha, que causou uma redução de tráfego na concessão tratada nesses autos.

⁶⁷ No caso, aos efeitos da crise financeira de 2008, que causou uma queda generalizada do tráfego rodoviário registado no território nacional.

⁶⁸ Seja qual for a sua natureza: de tráfego rodoviário, de tráfego aeroportuário, de tráfego marítimo ou de qualquer outro tipo.

⁶⁹ E essa determinação técnica tem sido aliás verificada repetidamente na prática da execução dos contratos que utilizam o Caso Base como modelo de cálculo do desequilíbrio económico-financeiro

utilizado o mecanismo do Caso Base para nele inserir valores numéricos de procura que geram certa receita bruta, os co-contratantes informam a administração, na proposta, do conteúdo dos estudos de procura que estão na origem de tais valores, discriminando, neles, os factores indutores da procura e as origens físicas desta, identificando portanto de onde e com que pressupostos de rede esperam obter certos níveis de procura futura.

Assim é que a determinação do efeito de cada facto no equilíbrio a/b pode com facilidade ser realizada determinando o valor numérico⁷⁰ de perda de procura que o evento causador de desequilíbrio gera por si só e deduzindo esse valor ao valor de procura constante do Caso Base, que se encontrará, em consequência da regra da sua imutabilidade, imune a outras causas de variação da procura que não dêem origem a reequilíbrio financeiro.

8. Uma última reflexão decorre inevitavelmente do conjunto de observações que fomos realizando antes.

O n.º 1 do art.º 410.º do CCP, traduzindo regra constante de uma das Directivas que transpôs para o ordenamento português e reproduzindo décadas de elaboração doutrinária sobre a “*justa remuneração*”, a proibição da especulação utilizando bens públicos e, mais recentemente, as preocupações quanto à livre concorrência e à proibição dos chamados “*auxílios de Estado*”, fixou não só o princípio de que os contratos de concessão não podem ter duração ilimitada⁷¹ mas, também, um critério geral, e outro supletivo, de fixação do prazo dos contratos de concessão. A solução adoptada na lei portuguesa impor-se-ia aliás por si própria em função da fixação da obrigatoriedade de objecto exclusivo para o co-contratante⁷², da acrítica transposição do princípio de que as concessões devem importar uma “*significativa e efectiva*

⁷⁰ Se a determinação for feita inicialmente em valor percentual, como aconteceu no caso do Acórdão acima citado, então haverá de se transformar tal percentagem em valor numérico (porque os Casos Base contêm valores numéricos, claro) aplicando essa percentagem ao tráfego efectivamente registado antes da ocorrência do evento causador de reequilíbrio financeiro.

⁷¹ Não obstante a posição relativamente uniforme da doutrina europeia mais relevante em apoio do estabelecimento de um prazo máximo, deve ser notado que, ainda em 2008, o Conselho de Estado francês mantinha a tese de que o contrato poderia não ter prazo desde que se mantivesse a possibilidade de rescisão pela Administração. Cf., por exemplo, decisão de 24.11.2008 do Conselho de Estado no caso *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic Saint-Loup*, citado por ÉTIENNE MULLER em *Les Instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, 2011, pág. 540.

⁷² Cf. art.º 411.º, n.º 2, do CCP, outra disposição copiada acriticamente dos contratos de concessão em regime de *project finance* outorgados pelo Estado desde o final dos anos 90 do século passado e cuja aplicação indistinta a todas as concessões de obra e serviço público carece da mais remota sombra de justificação plausível.

transferência do risco para o concessionário”⁷³, da regra/princípio declarada no art.º 416.º do CCP e da fantástica imposição de que os bens do estabelecimento concessionado revertam obrigatoriamente a título gratuito para o parceiro público no termo do contrato⁷⁴.

O objectivo desta parte do nosso texto não é, todavia, a análise destas regras mas, antes, a reflexão sobre a função do Caso Base em matéria de prazo das concessões.

O que nesse enfoque se observa é que o Caso Base, representando a equação financeira que subjaz à declaração do co-contratante sobre o nível de remuneração que pretende, é o instrumento por excelência da determinação da “*justa remuneração*” e, por consequência, da detecção da violação das regras acima citadas e, sobretudo, do princípio da livre concorrência que mais recentemente vem inspirando aqueles que defendem o controlo do prazo⁷⁵ que a lei portuguesa, aliás, ignora por completo⁷⁶, refugiando-se na cópia de cláusulas contratuais que naturalmente não são destinadas à descrição de objectivos de política pública.

A questão que queremos colocar é esta: deve o contratante público acompanhar a execução do contrato e medir, passo a passo, no Caso Base, a remuneração do co-contratante para identificar o momento em que esta alcançou o valor modelado ? E deve agir se esta for atingida antes do prazo contratual ?

É claro que esta tarefa de acompanhamento da execução do contrato só tem sentido útil se se entender possível que, mesmo em contratos de prazo fixo, o contratante

⁷³ Cf. art.º 413.º do CCP: Noutro lugar (cf. *Reflexões sobre o regime legal das PPP*, in *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 6) manifestámos discordância com esta regra que não decorre de nenhum princípio doutrinário relativo à externalização de tarefas públicas e que tem por único efeito aumentar a remuneração líquida paga ao co-contratante – maior risco gera maior retorno, porque o risco é o produto de uma probabilidade sobre um valor – , justamente porque parece querer impedir contratos em que a transferência de risco seja apenas moderada mas não “*significativa*”, proibição para a qual não se descortina qualquer justificação.

⁷⁴ Cf. art.º 425.º, n.º 3, do CCP. Ainda neste caso, a regra legal não decorre de qualquer disposição comunitária mas copia apenas regras incluídas em contratos de concessão celebrados em Portugal e em regime de *project finance* desde o final dos anos 90 do século passado. Como o legislador não percebeu a relação entre *project finance* e essa regra contratualmente estabelecida, julgou que devia proibir a existência de valor residual dos bens do estabelecimento concessionado, que evidentemente faria parte, se fosse permitida, da remuneração do parceiro privado. Assim se legislou de forma que impede que os fluxos financeiros gerados e necessários à concessão possam ser programados pelo parceiro público da forma financeiramente mais eficaz.

⁷⁵ Cf. *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, Comissão Europeia, 30.4.2004, ou, com maior precisão, *Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire*, Comissão Europeia, (2000/C/121/02).

⁷⁶ Não, por exemplo, a lei francesa, que desde 2006 prevê, no *Code des Marchés Publics*, art.º 16.º, que “*la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises*”.

público pode, se a remuneração simulada no Caso Base for atingida antes do termo contratual, rescindir o contrato. Não sendo este, repete-se, o objecto deste texto, limitamo-nos a assinalar que o Caso Base é o instrumento por excelência para encontrar o momento em que a relação a/b atinge o seu ponto de equilíbrio real, isto é, prosaicamente, o momento em que a TIR objectivo foi alcançada⁷⁷.

No caso português, existe ao que sabemos apenas um caso em que o próprio modelo contratual prevê essa avaliação continuada, fixando-se, em consequência, um prazo variável para o contrato⁷⁸.

É irresistível citar o que a esse propósito escreveu o Tribunal Arbitral, no Acórdão que já se referiu acima: *“Tendo em consideração que a prorrogação do contrato de concessão é uma das formas de reposição do equilíbrio financeiro, esta flexibilidade de 6 anos⁷⁹ significa na prática um estabilizador natural desse reequilíbrio, que funciona mesmo que não se verifiquem os pressupostos da reposição, representando, por isso, uma almofada para amortecer os elevados riscos (designadamente de tráfego) assumidos pelo contraente privado”*⁸⁰.

E é igualmente irresistível recordar o texto de AUGUSTO DE ATAÍDE, na parte em que este escreveu que *“entendemos que não tem de se reparado o prejuízo sofrido pelo contraente que vê a Administração intervir para limitar os seus lucros excessivos. Na verdade, estamos perante um acto lícito e que, segundo critério que propomos, se não pode considerar iníquo: não é contrário ao princípio da interdependência dos interesses que a Administração intervenha para impedir o sobrelucro de um à custa da colectividade”*⁸¹. É certo que a referência citada se reporta aos casos em que a alteração das circunstâncias da execução das prestações devidas pelo particular o beneficia, colocando a questão no plano da determinação do reequilíbrio financeiro *“a favore”* do particular ou *“a favore”* da Administração, para retomar a expressão da lei italiana, mas não vemos, no plano teórico, nenhuma razão que impeça a intervenção da Administração no contrato para lhe colocar termo tendo verificado, no Caso Base, que a

⁷⁷ Como se salientou atrás, a TIR objectivo, isto é, a taxa que o co-contratante propõe e é aceite pelo parceiro público para determinar a *“justa remuneração”*, é um valor que se concretiza quando os termos da relação a/b coincidem num certo valor (isto é, numa certa TIR) num certo momento.

⁷⁸ Trata-se, justamente, do contrato em causa no Acórdão Arbitral citado neste texto.

⁷⁹ O contrato em questão admite a variação do prazo contratual num valor máximo de 6 anos. O contrato termina quando for atingido um valor pré-fixado de receita bruta ou, se esse valor não for alcançado, numa data certa.

⁸⁰ Cf. Acórdão, pág. 154.

⁸¹ Op. cit, pág. 101.

TIR objectivo foi atingida⁸².

Esta insuspeita função do Caso Base tem, aliás, uma outra consequência, desta vez no plano das alterações contratuais acordadas entre as partes na vigência do contrato.

Com efeito, nos casos em que a lei permita a alteração do contrato⁸³, a mesma preocupação de prevenção de ganhos excessivos deve obviamente estar presente, porque a renegociação não se distingue, nesse plano, da contratação inicial. A renegociação, que em regra tem significado modificação profunda do objecto contratual e do risco assumido pelo co-contratante, defronta o paradoxo de a equação financeira inicial deixar de estar ajustada ao conteúdo futuro do contrato mas de, simultaneamente, dever ser tida em conta para determinar que parte proporcional da remuneração inicialmente estimada foi já obtida pelo co-contratante.

Imagine-se um contrato cuja renegociação ocorre a meio do prazo contratual e em que se verifica que, na parte já transcorrida, a taxa de formação da TIR se situou em média em dois terços do valor inscrito no Caso Base porque a rentabilidade do empreendimento concessionado, por razões não atribuíveis ao contratante público, foi inferior ao esperado e em que é possível simular que, no tempo futuro, esse nível não será ultrapassado. A simulação deste cenário no Caso Base gerará então para o termo do prazo inicialmente acordado um retorno que se deve situar em dois terços da TIR objectivo⁸⁴. Bem se verá então que, na renegociação, haverá de se construir um Caso Base que, mantendo a matriz de risco inicial, deve reduzir a TIR constante do Caso Base inicial para o valor simulado no Caso Base “real”, isto é, no Caso Base onde sejam introduzidos os dados históricos e as projecções futuras, e que, em caso de diminuição do perfil de risco, a renegociação deverá reduzir a TIR para valores inferiores aos da TIR resultante do Caso Base “real”, cujo montante da redução seja adequado à redução do risco. Com efeito, manter a TIR do Caso Base inicial seria, em ambos os casos, contrário à regra do CCP quanto ao prazo do contrato, porque produziria ganhos excessivos. A escolha de modelos matemáticos na exibição dos termos da equação a/b

⁸² E que os compromissos financeiros estão saldados, naturalmente. A forma como os Caso Base são construídos implica que um preceda o outro, mas deve em todo caso ser feita esta nota, para clarificação do nosso pensamento.

⁸³ Sem nos pronunciarmos sobre a legalidade das alterações em causa, recordamos, na sua ordem cronológica, a alteração do contrato referente à travessia ferroviária da Ponte 25 de Abril (Contrato Fertagus), a conversão das concessões SCUT em concessões de disponibilidade com portagem real para os utilizadores, a renegociação do contrato do Metro Sul do Tejo e as renegociações das sub-concessões rodoviárias da EP, S.A./IP, S.A.. No plano autárquico, há notícia de algumas renegociações (ou tentativas disso) de contratos de distribuição de água e saneamento e de recolha de lixos domésticos.

⁸⁴ O exemplo é evidentemente muito simplificado, mas as ordens de grandeza deverão ser sensivelmente estas.

auxilia a fixação dos termos da modificação consensual do contrato.