

A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS A SER PREVISTA NOS NOVOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO¹

Mauricio Portugal Ribeiro

Especialista na estruturação e regulação de concessões e PPPs, sócio do Portugal Ribeiro Advogados, Mestre em Direito pela Harvard Law School, autor de vários livros e artigos sobre concessões, PPPs e outros temas dos setores de infraestrutura.

1. Introdução

O Programa de Concessões de Rodovias do Estado de São Paulo é, sem dúvida, o mais pujante programa de desestatização subnacional (estadual ou municipal) do país².

¹ As versões preliminares desse texto circularam por diversos especialistas em infraestrutura, que contribuíram com observações que o enriqueceram. Particularmente, gostaria de citar a discussão que tive com Antonio Gobbo sobre os temas desse artigo. Agradeço, além disso, a Ana Claudia Cunha Costa, pela revisão de texto e ajuda com notas de rodapé. Eventuais erros e omissões são exclusivamente de minha responsabilidade.

² A primeira etapa de concessões rodoviárias ocorreu em 1998 e resultou em doze trechos concedidos, sendo eles: (i) Sistema Rodoviário Anhanguera-Bandeirantes à AutoBan, (ii) ligações entre Catanduva e Bebedouro, Taquaritinga e Bebedouro e Barreto concedida à Tebe, (iii) ligação entre Ribeirão Preto e Igarapava e entre Ribeirão Preto e Bebedouro concedida à Vianorte, (iv) ligação entre Itapira, Mogi-Mirim, Limeira, Piracicaba, Conchal, Araras, Rio Claro, Casa Branca, Porto Ferreira e São Carlos administrada pela Intervias, (v) ligação entre São Carlos, Itirapina, Brotas, Jaú e

Recentemente, o Estado de São Paulo (referido daqui em diante também como “Estado”) anunciou em reuniões com a participação de investidores e em audiência pública que fará novas concessões de rodovias. E, mesmo com o país em crise econômica e política, e com o seu setor de infraestrutura em situação particularmente difícil, em vista dos impactos da Operação Lava-Jato da Polícia Federal, o anúncio dessas novas concessões despertou interesse de investidores tradicionais e de entrantes.

O Estado ainda não disponibilizou a público as minutas de contrato e edital e, por isso, não sabemos ainda quais serão as regras sobre distribuição de riscos que pretende adotar nesses contratos.

Mas me chama atenção que, na apresentação realizada na audiência pública, não há qualquer referência à necessidade de atualização da distribuição de riscos contratual. Aparentemente, isso sinaliza que os agentes públicos envolvidos na modelagem dos projetos de concessão de rodovias não veem a alteração da distribuição de riscos, constante dos últimos contratos de concessão de rodovias do Estado, como algo relevante; ou, pelo menos, estão focados na realização de outros tipos de alteração nas minutas de contrato.

Contudo, uma análise superficial dos contratos mais recentes de concessão de rodovias do Estado – os da segunda rodada de concessões de rodovias realizada entre 2007 e 2010 – evidencia o quanto a distribuição de riscos prevista nesses contratos está ultrapassada em relação às melhores práticas.

Aliás, mesmo quando comparados aos contratos celebrados pela União recentemente, os contratos de concessão da segunda rodada do Estado de São Paulo parecem reminiscência de uma forma antiga de distribuir riscos em contratos de concessão.

Isso significa que há um enorme potencial para aperfeiçoamento desses contratos pela mera adequação das suas regras de distribuição de riscos às melhores práticas. Possivelmente, isso sinaliza também um enorme potencial para aumento da eficiência da contratação, gerando maior atratividade ao setor privado, induzindo maior

Bauru concedida à Centrovias, (vi) ligação entre São Carlos, Catanduva, Mirassol, Sertãozinho, Borborema, Matão e Bebedouro concedida à Triângulo do Sol, (vii) ligação entre Franca, Batatais, Ribeirão Preto, Araraquara, São Carlos e Santa Rita do Passo Quatro concedida à Autovias, (viii) ligação entre Mococa, São José do Rio Pardo, São João da Boa Vista e Campinas concedido à Renovias, (ix) o sistema rodoviário Castelo-Raposo concedido à Viaoeste, (x) ligação entre Rio Claro, Piracicaba, Tietê, Jundiaí, Itu e Campinas concedido à concessionária Rodovias das Colinas, (xi) ligação entre Tatuí, Itapetininga, Capão Bonito, Itapeva, Espírito Santo do Turvo, Itararé e Araçoiaba da Serra concedido à SPVias e (xii) Sistema Anchieta – Imigrantes concedida à Ecovias. Já a segunda etapa ocorreu em 2008 e concedeu os seguintes trechos: Trecho Oeste do Rodoanel Mário Covas, à concessionária Rodoanel Oeste, trecho D. Pedro I, concedido à Rota das Bandeiras, trecho Raposo Tavares à CART, trecho Marechal Rondon Oeste concedido à Via Rondon, trecho Marechal Rondon Leste concedido à Rodovias Tietê e trechos Ayrton Senna/Carvalho Pinto concedido à EcoPistas.

competitividade nas licitações, com impactos positivos relevantes sobre o valor das tarifas.

Nas linhas a seguir, no item 2, vou explicar a relevância da distribuição de riscos entre as demais partes do contrato de concessão.

Depois, no item 3, vou tratar dos critérios teóricos para distribuição de riscos em contratos de concessão e PPP.

No item 4, vou explicar os principais erros que tem sido cometidos entre nós na distribuição de riscos dos contratos.

No item 5, passo a descrever as cláusulas sobre distribuição de riscos constantes dos últimos contratos de concessão do Estado de São Paulo.

No item 6, avalio essas cláusulas para evidenciar a necessidade de atualizá-las.

No item 7, traço diretrizes para a atualização da forma de distribuição de riscos dos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo, com base em estudos que publiquei sobre os riscos de financiamento, ambiental, remanejamento de interferências e social (desapropriações e desocupações).

E, por fim, no item 8, faço uma nota curta sobre a importância de aperfeiçoar o sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e de resolução de conflitos nos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo.

2. A distribuição de riscos: uma das 3 principais partes dos contratos de concessão

As 3 principais partes de um contrato de concessão, cuja estruturação adequada é essencial para a maximização da sua eficiência, são: (a) o cerne do contrato (indicadores de serviço, obrigações de investimento e sistema de pagamentos), (b) a matriz de riscos contratual, e (c) o sistema de equilíbrio econômico-financeiro.

O cerne do contrato trata das especificações das atividades a serem delegadas pelo Poder Concedente ao concessionário (qualidade e quantidade dos serviços, investimentos a serem realizados etc.) e de como ele remunerará ou penalizará o concessionário pelo cumprimento ou descumprimento das prestações previstas no contrato.³

Considerando que os contratos de concessão são contratos de longo prazo, ao longo da sua vigência poderão ocorrer diversos eventos que podem perturbar ou facilitar o cumprimento das obrigações que integram o cerne do contrato.

³ Para efeito da licitação, essas especificações dos serviços definem o que o Poder Concedente quer adquirir da iniciativa privada.

Para maximizar a eficiência do contrato, é preciso criar incentivos para as partes protegerem o cerne do contrato, maximizando as chances de ocorrência dos eventos que são benéficos ao seu cumprimento e minorando as chances de ocorrência dos eventos que o perturbam. Esses incentivos são criados pela alocação às partes dos riscos relativos aos eventos.

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro, por sua vez, é o conjunto de regras que estabelece como serão calculadas e realizadas as compensações econômicas e/ou financeiras da parte responsável pelo risco de ocorrência de dado evento à parte que foi atingida por suas consequências. O sistema de equilíbrio econômico-financeiro pode ser definido como o braço operacional da matriz de riscos, pois é ele quem define como devem ser realizadas as compensações entre as partes que decorrem da distribuição de riscos prevista no contrato.

3. Critérios teóricos para a distribuição de riscos em contratos de concessão⁴

A maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo a menor custo. O objetivo é reduzir o custo global do contrato para a sociedade, o que certamente tem impactos nos preços do contrato de concessão: menores tarifas aos usuários, ou maiores pagamentos pela outorga ao Poder Concedente.

Há, basicamente, quatro critérios teóricos bastante simples que devem ser seguidos na decisão sobre repartição de riscos.

O primeiro deles é que o risco deve ser sempre alocado à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances de o evento desejável ocorrer. Esse critério leva em conta a capacidade das partes de adotarem ações preventivas para evitar eventos indesejáveis ou de incentivarem a ocorrência dos eventos desejáveis.

Por exemplo, é comum se atribuir ao parceiro privado em contratos de concessão comum e PPP o risco de sobrecusto ou atraso na construção do empreendimento. Isso porque há no mercado privado *expertise* para gerenciamento do risco de construção, que pode ser obtida a custos mais baixos pelo parceiro privado, que pelo Poder Concedente. Também é bastante comum em contratos de concessão comum e PPP atribuir ao parceiro privado o risco de disponibilidade do serviço, pois, em regra, a iniciativa privada tem capacidade e experiência em se organizar para prestar adequadamente os serviços nos setores de infraestrutura, particularmente os que já foram objeto de desestatização.

O segundo critério para alocação de riscos, considera, ao invés da capacidade de prevenção dos eventos indesejados, a capacidade de gerenciar as consequências

⁴ Esse trecho do texto desse artigo foi elaborado utilizando texto sobre o mesmo assunto que elaborei para o livro “Melhores Práticas”. RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores práticas em licitações e contratos.** São Paulo: Atlas, 2011.

danosas, caso o evento indesejado se realize. Por esse critério, o risco deve ser alocado à parte que pode melhor mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável.

É o caso, por exemplo, do risco de acidentes com cargas perigosas em rodovias. Nas concessões rodoviárias, geralmente é risco do concessionário eventuais acidentes com cargas perigosas. Decerto que o concessionário pode praticar alguns atos para prevenir a ocorrência de acidentes, como, por exemplo, manter as rodovias em boas condições, com sinalização adequada, disponibilizar batedores para acompanhar os caminhões que transportam esse tipo de carga etc. Contudo, o mais relevante nesse caso é que, uma vez ocorrido o acidente, o concessionário geralmente é quem está em melhor posição para rapidamente remediar as consequências do acidente, de maneira a impedir contaminações para além das inevitáveis.

O terceiro é a capacidade das partes do contrato de “externalizar” o custo de prevenir ou remediar os eventos indesejáveis. Por esse critério, os riscos devem ser alocados sempre sobre a parte que tem menores possibilidades de “externalizar” as consequências do evento indesejável, ou seja, repassar para terceiros o custo destes eventos. Isso porque a possibilidade de repassar facilmente o custo para um terceiro tira geralmente o incentivo da parte para prevenir e remediar adequadamente a ocorrência de eventos indesejáveis.⁵⁻⁶

Considerando que a Administração Pública sempre repassa os seus custos direta ou indiretamente para os contribuintes, a utilização desse critério levaria a priorizar a transferência para o parceiro privado dos riscos. Por outro lado, ao repassar para o parceiro privado riscos que ele não tem como controlar, ou seja, cuja ocorrência dos eventos indesejáveis ele não tem como prevenir ou remediar, o parceiro privado tenderá a:

- (a) fazer seguro, e repassar o custo do prêmio para o preço cobrado da Administração Pública ou usuário; ou,
- (b) quando não houver seguro disponível no mercado a preços razoáveis, embutir no seu preço à Administração Pública custo total de lidar com os eventos indesejáveis.

Se houver seguro disponível no mercado e experiência relevante de contratação desse seguro, a tendência é que a cobertura esteja disponível no mercado securitário a preços razoáveis. A contratação do seguro resultará na repartição social do risco, pois o preço do prêmio considerará a probabilidade de ocorrência dos eventos indesejáveis e a

⁵ Observe-se que, exatamente por essa razão, prejuízos ao Erário nem sempre induzem práticas que os evitem. Por exemplo, até o presente não há no âmbito da Administração Pública brasileira uma cultura “riscológica”, que permita mensurar custos e frequência de ocorrências gravosas à Administração.

⁶ É importante não confundir “externalização” do risco, com o seu gerenciamento por meio da realização de seguro. No primeiro caso, há apenas o repasse do custo da ocorrência gravosa do risco para um terceiro. No segundo caso, há uma transferência do risco para empresa especializada em tomá-lo, por meio de estrutura contratual que mantém os incentivos para o segurado tomar as providências para evitar o sinistro (por exemplo, por meio da previsão de franquia).

dimensão do dano esperado, na eventualidade de sua ocorrência.

Se, contudo, o parceiro privado não puder encontrar cobertura securitária no mercado, ele, para se resguardar contra o risco do evento indesejável, incluirá no seu preço o custo de lidar com esses eventos. Isso significa que a Administração Pública e/ou os usuários estarão pagando pelas consequências do evento indesejado, mesmo em um cenário em ele não ocorra. Por isso, no caso de não haver no mercado securitário cobertura para o risco que se pretende transferir para o parceiro privado – a despeito do parceiro privado não ter controle sobre a prevenção da sua ocorrência, ou minoração das suas consequências danosas – ou no caso dos prêmios para tais coberturas serem proibitivos (o que acontece geralmente por subdesenvolvimento do mercado de seguros, e, portanto, falta de histórico e bases estatísticas para precificar adequadamente o risco), faz sentido alocar o risco sobre a Administração Pública.

4. Os principais erros na distribuição de riscos em contratos de concessão

O último dos critérios acima exposto tem sido o responsável pelos principais erros em contratos supostamente sofisticados de concessão.

Em passado recente, escrevi um artigo (que está disponível nesse [link](#)⁷) sobre o pior tipo de erro na distribuição de riscos contratual: a atribuição ao concessionário de riscos controlados ou controláveis pelo Poder Concedente. Esse erro não é incomum entre nós. No artigo mencionado, eu investiguei erros desse tipo em contratos de concessão de rodovias e de aeroportos federais.

O segundo pior tipo de erro, também bastante comum entre nós em contratos supostamente sofisticados, é a atribuição ao concessionário de riscos que não são controláveis pelas partes, e que não podem, por qualquer motivo, ser objeto de seguro a preços razoáveis. Os artigos disponíveis nos seguintes *links* ([riscos ambientais](#)⁸, [riscos sociais](#)⁹, [riscos de financiamento](#)¹⁰, [riscos de remanejamento de interferências](#)¹¹) mencionam erros desse tipo em relação a riscos críticos.

⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal e; PINTO, Gabriela Engler. **Concessões de aeroportos e de rodovias federais: O erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo Poder Concedente e as suas consequências.** Publicado em 10/02/2014.

⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Riscos ambientais em concessões e PPPs.** Publicado em 07/06/2014.

⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política, e os Princípios do Equador.** Publicado em 09/05/2013.

¹⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Como lidar com o risco de financiamento de concessões e PPPs em períodos de normalidade e de crise.** Publicado em 08/07/2015.

¹¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Riscos de remoção, remanejamento e instalação de interferências e acidentes com interferências em concessões e PPPs.** Publicado em 20/01/2015.

Como explicado no item 3 acima, se o concessionário não tem controle sobre um risco que lhe é alocado pelo contrato, provavelmente, por ocasião da sua participação na licitação, ele vai provisionar um valor para lidar com o risco que lhe foi transferido.¹²

Se o evento gravoso relativo a esse risco se materializa, o concessionário usará o valor provisionado para lidar com os custos que esse evento gerará.¹³

Se, contudo, o evento gravoso não se materializa, então o valor provisionado vira margem, lucro, do concessionário.

Nesse contexto, faz mais sentido alocar o risco do evento não controlável ao Poder Concedente, de maneira que, caso ocorra o evento gravoso, o Poder Concedente (ou o usuário) pague por ele. Se, contudo, o evento gravoso não se materializar, nem o Poder Concedente, nem o usuário, pagará por ele.

Tabela 1 – Cenários de alocação de riscos de eventos não controláveis pelo concessionário e não seguráveis			
Cenários de alocação do risco	Se não ocorre o evento gravoso, quem paga?	Se ocorrer o evento gravoso, quem paga?	Avaliação
Ao Concessionário	Usuário/Poder Público (provisão vira lucro)	Usuário/Poder Público (provisão é utilizada para cobrir evento gravoso)	Menos vantajoso para o Poder Público/Usuário
Ao Poder Concedente	Ninguém paga	Usuário/Poder Público (mediante reequilíbrio do contrato)	Mais vantajoso para o Poder Público/Usuário.

Observe-se que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao Poder Concedente é muito mais vantajoso para o Poder Concedente e para o usuário, do que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao concessionário, pois no cenário em que esse risco é alocado ao concessionário, o Poder Concedente paga pelo evento gravoso em qualquer circunstância (mesmo que ele não ocorra); enquanto que, no cenário em que o risco não controlável é alocado ao Poder Concedente, o Poder Concedente e os usuários só pagam por esse risco quando o evento gravoso se materializa.

¹² Outra forma de lidar com esse problema é exigir uma rentabilidade maior do projeto para compensar essa transferência de risco não controlável.

¹³ Geralmente essas provisões não aparecem claramente nos planos de negócio. Formalmente, muitas vezes, ela se manifesta apenas pela exigência de taxa mínima de rentabilidade para entrada no projeto mais alta que a exigida caso a distribuição de riscos contratual fosse adequada.

Portanto, em situações normais, é mais vantajoso que os riscos de eventos não controláveis sejam atribuídos ao Poder Concedente (e não ao concessionário).

Por essas razões, os contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo devem evitar a atribuição aos concessionários de riscos que não podem ser por eles gerenciados.

5. A estratégia de distribuição de riscos que consta nos últimos contratos de concessão de rodovia do Estado de São Paulo (os da segunda rodada)

A estratégia de distribuição de riscos adotada pelos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo é a atribuição explícita ao concessionário da álea ordinária, ficando o Poder Concedente, por exclusão, com a álea extraordinária.

Vejam abaixo a cláusula do contrato sobre distribuição de riscos, que atribui os riscos ordinários à concessionária:

“22. RISCOS DA CONCESSÃO

22.1. A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos da álea ordinária inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO.

22.2. Diminuição de receita, decorrente de alterações da demanda de tráfego em relação ao previsto no Plano de Negócios apresentado na PROPOSTA, não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA a correta avaliação do possível impacto sobre a exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO decorrente da evolução futura dessa demanda (sic!)

22.2.1. A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente, o risco das projeções das receitas acessórias.

22.3. Variações de custo decorrentes das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS apresentado na PROPOSTA não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA sua correta avaliação.”

Por outro lado, a atribuição ao Poder Concedente dos riscos extraordinários é feita na cláusula seguinte, que trata do tema do equilíbrio econômico-financeiro:

“CLÁUSULA 23. - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

23.1 . As PARTES terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, quando este for afetado, observada a legislação vigente, especialmente nos seguintes casos:

I. Modificação unilateral, imposta pela CONTRATANTE ou pelo PODER CONCEDENTE nas condições do CONTRATO desde que, em resultado direto dessa modificação, verifique para a CONCESSIONÁRIA uma significativa alteração dos custos ou da receita, para mais ou para menos;

II. Ocorrência de casos fortuitos e de força maior, nos termos previstos na Cláusula 4, observado o disposto no subitem 30.6.2 do Edital;

III. Ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais, para mais ou para menos, nos pressupostos adotados na elaboração das PROJEÇÕES FINANCEIRAS, desde que esses eventos não sejam passíveis de serem cobertos por mecanismos efetivamente disponíveis no mercado nacional ou internacional (hedge), a custos razoáveis;

IV. Alterações legais de caráter específico, que tenham impacto significativo e direto sobre as receitas de pedágio ou sobre os custos, para mais ou para menos, relacionadas com os serviços pertinentes ao desenvolvimento das atividades da CONCESSÃO.”

Apesar da cláusula ter como título “equilíbrio econômico-financeiro”, o item 23.1 claramente trata da atribuição da álea extraordinária ao Poder Concedente. Completa, portanto, a cláusula 22, na sua função de adotar a forma mais tradicional de distribuição de riscos em contratos administrativos.

Note-se que os incisos I, II, e IV, da cláusula 23.1 tratam de situações cujos riscos já estão atribuídos, pela Lei 8.666/93, ao contratado da Administração (modificação unilateral do contrato, caso fortuito e força maior, alterações legais que impactem o contrato). O item III é praticamente uma especificação da aplicabilidade do artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93 aos casos de modificações significativas do mercado financeiro e cambial. Em outras palavras, se o contrato fosse silente, os riscos mencionados seriam considerados do Poder Concedente, por expressa disposição legal, que os aloca ao Poder Concedente em caso de omissão contratual (álea extracontratual).

Portanto, a estratégia de distribuição de riscos utilizada nos contratos de concessão do Estado de São Paulo é a clássica atribuição da álea ordinária ao contratado e da álea extraordinária ao Estado, que está expressa também nos dispositivos da Lei 8.666/93.

Na Lei 8.666/93, contudo, está explícito que a álea ordinária de efeitos incalculáveis é risco do Poder Concedente. Isso não está expresso nesses contratos de concessão do Estado de São Paulo.

6. Avaliando a estratégia de distribuição de riscos utilizada nos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo da segunda rodada

Uma distribuição de riscos clara pode contribuir de maneira relevante para obtenção de propostas melhores para os usuários da rodovia (caso o critério de julgamento da licitação for menor tarifa) ou para a Administração Pública – se o critério de julgamento for maior pagamento pela outorga.

Isso porque ao atribuir claramente riscos à Administração Pública – supondo que o concessionário pode confiar que a distribuição contratual de riscos será respeitada pela agência reguladora e pelo Poder Judiciário¹⁴ – o concessionário não precisa prever na sua proposta os custos para lidar com tais riscos.

Por isso, é extremamente importante que o Estado de São Paulo evolua da distribuição genérica de riscos com base na distinção entre álea ordinária e álea extraordinária, para uma distribuição contratual de riscos mais detalhada, que dê segurança aos participantes da licitação da concessão sobre quais riscos efetivamente serão assumidos por cada uma das partes do contrato.

Certamente, a jurisprudência e a doutrina em torno da aplicação das disposições da Lei 8.666/93 e das noções de álea ordinária e álea extraordinária como instrumento para distribuição de riscos criam diretrizes sobre como deve ser interpretada em alguns casos concretos essa atribuição de riscos. Mas, considerando a longevidade dos contratos de concessão e a sua complexidade, isso não é suficiente. Mesmo porque a jurisprudência e a doutrina em torno do que é considerado álea ordinária e do que é considerado álea extraordinária se modifica no horizonte de 20-30 anos, que é o horizonte, em regra, de um contrato de concessão de rodovias. Ao fazer uma proposta para um contrato com essa longevidade, o concessionário terá dificuldade de precificar sua proposta se a definição da alocação de riscos estiver submetida à interpretação em cada momento do que venha a ser entendido como álea ordinária e álea extraordinária. E a insegurança sobre aspecto tão importante do contrato certamente se refletirá em proposta mais cara para os usuários da rodovia ou para a Administração Pública.

Portanto, é importante que os novos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo tragam uma distribuição de riscos específica e clara, particularmente em

¹⁴ Observe-se que ao precificar a proteção contra riscos que são atribuídos a outras partes do contrato, o participante da licitação avalia não apenas a extensão e clareza das atribuições desses riscos, mas também as regras sobre reequilíbrio que estabelecem a metodologia e a forma das compensações econômicas e financeiras da parte responsável pelo evento à parte que sofre as suas consequências. Os participantes das licitações avaliam também a reputação da agência reguladora e do Poder Concedente em relação ao tratamento dos desequilíbrios do contrato.

relação aos temas mais críticos para a implantação de projetos de infraestrutura, que são o risco de financiamento, o ambiental, o social e o de remanejamento de interferências.

A distinção entre álea ordinária e álea extraordinária deve ser, contudo, preservada como critério de alocação de riscos relativos a eventos não tratados no contrato. Para isso, basta que se evite incluir no contrato cláusula que atribua risco residual a uma das partes.

Como já expliquei em outro trabalho de minha autoria (disponível nesse [link¹⁵](#)), em primeiro lugar, as cláusulas que atribuem risco residual a uma das partes são inválidas porque contrariam a alínea “d”, do artigo 65, inciso II, que estabelece distribuição de riscos genérica para eventos extracontratuais, isso é, não tratados no contrato. Além disso, ao alocar ao concessionário os riscos residuais, o contrato está alocando sobre ele o risco sobre eventos desconhecidos, o que impede o cálculo racional e a precificação que deve ser um dos pressupostos da alocação de riscos a concessionários.

Dessas notas, pode-se concluir que é importante que, nos novos contratos de concessão de rodovias, (a) o Estado de São Paulo migre da estratégia genérica de distribuição de riscos, para a alocação específica de cada um dos principais riscos do contrato, (b) que, nessa alocação seja obedecida a diretriz de só atribuir ao concessionário os riscos por ele controláveis ou que possam ser objeto de seguros a preços razoáveis (geralmente esses riscos são aqueles para os quais há cobertura securitária já disponível em larga escala no mercado); (c) os riscos não tratados no contrato sejam distribuídos conforme o artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93, isso é o risco sobre os eventos relativos à álea ordinária, com efeitos calculáveis deve ser atribuído ao concessionário e o risco dos eventos relativos à álea extraordinária ou ordinária de efeitos incalculáveis deve ser atribuído ao Poder Concedente.

7. Como deveria ser a distribuição de riscos ideal para contratos de rodovia?

A seguir, vou focar apenas nos riscos críticos, que são os de financiamento, os ambientais, os sociais, e os de remanejamento de interferências, pois eles têm em conjunto alto potencial de modificar a precificação do projeto pelo mercado.

Estou supondo que, sendo as rodovias envolvidas na próxima rodada de concessões do Estado de São Paulo, projetos *brownfield*, não haveria necessidade de mecanismos de distribuição dos riscos de demanda.

7.1. Riscos de financiamento

¹⁵ RIBEIRO. Maurício Portugal. **Atribuição ao contratado da Administração Pública de todos os riscos não tratados no contrato é nula perante a Lei 8.666/93**. Publicado em 14/01/2016

Há atualmente nos contratos de concessão de rodovia do Estado de São Paulo da segunda rodada regras sobre financiamento da concessionária. Basicamente, essas regras lançam sobre o concessionário todo o risco de financiamento dos projetos, nos seguintes termos:

“15.1. A CONCESSIONÁRIA é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento dos serviços abrangidos pela CONCESSÃO, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, todas as obrigações assumidas neste CONTRATO.

15.1.1 . Para a obtenção dos recursos financeiros adicionais ao capital social, necessários ao normal desenvolvimento das atividades abrangidas pela CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA celebrou, em [data], instrumento denominado PROPOSTA FIRME DE EMPRÉSTIMO PONTE - FINANCIAMENTO PARA IMPLEMENTAÇÃO DO CORREDOR DOM PEDRO 1, em regime de colocação firme e de melhores esforços (sic!), juntamente com a [NOME DA EMPRESA VENCEDORA DA LICITAÇÃO, controladora da Sociedade de Propósito Específico que é a concessionária]”

7.1.1. A separação entre riscos controláveis e não controláveis de financiamento

É preciso aperfeiçoar a regra mencionada sobre financiamento dos contratos de concessão de rodovia do Estado de São Paulo, particularmente para separar os riscos que são controláveis pelo concessionário dos não controláveis.

Expliquei no artigo de minha autoria sobre melhores práticas na distribuição de riscos de financiamento em contratos de concessão e PPP, que pode ser encontrado no seguinte [link¹⁶](#), que isso é central nos setores em que a modelagem da concessão levar em consideração o financiamento a preços e condições subsidiadas disponibilizadas por bancos estatais.

A seguir, vou extrair do aludido artigo apenas as diretrizes que se aplicam ao caso das concessões de rodovias do Estado de São Paulo. Remeto o leitor ao artigo para explicações mais profundas sobre os fundamentos das diretrizes a seguir enunciadas.

Em primeiro lugar, nesse momento de crise econômica e financeira, é importante que ou (a) a assinatura do contrato de concessão seja realizada após o fechamento do financiamento de longo prazo, ou (b) a eficácia do contrato seja condicionada à assinatura do financiamento de longo prazo.¹⁷

¹⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Como lidar com o risco de financiamento de concessões e PPPs em períodos de normalidade e de crise.** Publicado em 08/07/2015.

¹⁷ Na apresentação realizada em audiência pública promovida pelo Estado de São Paulo sobre o projeto de concessões de rodovias, há menção de que o edital realizará exigências sobre o empréstimo-ponte.

O objetivo dessa sugestão é retirar do concessionário o risco sobre o fechamento do financiamento de longo prazo, que exige a disposição de realizar financiamentos-pontes por tempo indefinido e a precificação desses financiamentos-ponte em sua proposta na licitação.

Além disso, é importante separar o risco de enquadramento e obtenção do financiamento de longo prazo a preços pré-estabelecidos e considerando as regras atuais para obtenção desses financiamentos, do risco de mudança dessas regras, especialmente sobre condições e preço dos financiamentos.

Evidentemente, o risco de enquadramento e obtenção do financiamento, pelo preço e nas condições que estiverem estabelecidas no momento da entrega das propostas na licitação deve ser do concessionário.

Mas os riscos de mudança dessas regras, especialmente da precificação e das demais condições do financiamento, devem ser do Poder Concedente.

Isso é particularmente importante porque nesse momento o mercado passa por uma situação de insegurança em relação ao cumprimento pelo BNDES das condições de financiamento que foram veiculadas para as rodovias federais da Fase III, 3ª Etapa, da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres (as concessões de rodovias federais realizadas em 2013 e 2014).

A criação, por exemplo, pelo BNDES do contingenciamento dos recursos do financiamento vinculado à demanda da rodovia fez cair de forma relevante a alavancagem esperada dos projetos e a rentabilidade dos acionistas.

Nesse contexto, é importante a proteção contratual dos concessionários contra a adoção pelos bancos públicos de novas regras para o financiamento após a licitação dos projetos. Se não houver essa proteção, diante das recentes experiências, os investidores tenderão a adaptar as respectivas taxas de rentabilidade para lidar com esse risco, encarecendo desnecessariamente as suas propostas.

Note-se que, se, mesmo o Governo Federal – que, por razões óbvias, tem ingerência política sobre os bancos que controla – não foi capaz de impedir a mudança de regras de financiamento após as licitações das concessões de rodovias federais, se considerarmos o contexto político, as concessões do Estado de São Paulo estão evidentemente ainda mais vulneráveis a essas mudanças de regra que as concessões federais.

7.1.2. A “necessidade política” de iniciar as obras imediatamente após a concessão

O grande obstáculo no Brasil ao condicionamento da assinatura ou da eficácia do contrato de concessão à assinatura do contrato de financiamento é político e não técnico. Explico-me.

O condicionamento da assinatura ou da eficácia do contrato de concessão à assinatura do financiamento de longo prazo atrasaria o início das obras em 6-18 meses em relação ao início das obras seguindo o modelo tradicional de financiamento no qual o concessionário começa a executar o contrato com recursos de um empréstimo-ponte.

Isso é um atraso relevante do ponto de vista político porque ele muitas vezes desloca o início das obras para depois do período eleitoral.

Para conciliar o cronograma político com a conveniência técnica, a minha sugestão é que o contrato preveja: a) cronograma de obras iniciais, mais leve, para reduzir o montante do financiamento-ponte; b) possibilidade de rescisão amistosa do contrato de concessão caso o financiamento de longo prazo não seja fechado em prazo que o contrato de concessão estabelecer; c) critério de indenização por investimentos não amortizados claro, que possibilite ao concessionário, em caso de rescisão do contrato, ter ressarcimento adequado dos valores despendidos com as obras.

Note-se que, em diversos entes governamentais, a situação fiscal atual é tão ruim que dificilmente um concessionário confiaria que o pagamento dessa indenização seria efetivamente realizado quando da rescisão amistosa. Parece-me, contudo, que o Estado de São Paulo, em vista do seu histórico, tem credibilidade suficiente para que a iniciativa privada confie que as regras previstas no contrato serão cumpridas, caso elas estejam bem estruturadas.

7.1.3. A situação atual de disponibilidade de recursos externos a baixo custo: será que não é conveniente criar regras para atrair esses recursos para financiamento da concessão?

Em vista dos desdobramentos da crise financeira mundial de 2008, há atualmente grande disponibilidade de liquidez no mercado internacional, a custos baixos, quando considerados outros momentos históricos.

Além disso, em vista das instabilidades políticas e da piora dos fundamentos macroeconômicos do Brasil, o dólar está nesse momento bastante valorizado, próximo dos R\$4,00 quando redigi esse trecho do artigo.

É o cenário ideal para que o financiamento das concessões de rodovias seja captado lá fora, em dólar.

O grande obstáculo para se fazer isso nesse momento é a incerteza quanto ao câmbio.

Essa incerteza poderia ser parcialmente remediada com a contratação de *hedge* pela concessionária ou por seu acionista.

O problema é que dificilmente a concessionária encontrará *hedge* para câmbio em prazos compatíveis com o do financiamento da concessão.

Nesse contexto, me parece importante o Estado de São Paulo analisar a conveniência de prever no contrato de concessão mecanismo que tenha o efeito de *hedge* cambial, a viabilizar o financiamento do projeto com recursos externos. É possível que, no contexto atual, o financiamento externo fique, inclusive, mais barato do que os recursos disponibilizados pelas agências estatais de fomento, como o BNDES.

Para isso, poderia ser usado como modelo, com alguns ajustes, o mecanismo que foi utilizado com essa mesma finalidade no contrato de PPP da Linha 04 do Metrô de São Paulo, que permite o repasse parcial de variações do câmbio para a tarifa.

Como os recursos no mercado internacional estão muito baratos, é possível que a utilização desse mecanismo que estava previsto na Linha 04 do Metrô com os ajustes eventualmente necessários e a viabilização da sua utilização pelo concessionário tenha impacto relevante no preço da tarifa. É possível que a tarifa fique mais barata porque a dívida contraída pelo concessionário terá custo menor que as formas de financiamento consideradas até aqui.

7.2. Risco ambiental

A reflexão a seguir sobre risco ambiental se baseia no artigo de minha autoria disponível no seguinte [link](#)¹⁸.

Em relação aos riscos ambientais, é preciso separar os riscos de licenciamento, de cumprimento de condicionantes ambientais, de passivos ambientais e de dano ambiental.

7.2.1. Risco de licenciamento

Para as expansões de capacidade a serem realizadas dentro da faixa de domínio, geralmente faz sentido atribuir ao concessionário a responsabilidade de obtenção das licenças ambientais. É que o processo de licenciamento nesse caso é, em regra, simplificado.

Mesmo nos casos em que as intervenções são realizadas na faixa de domínio, em algumas situações, por exemplo quando as rodovias cruzam áreas de proteção ambiental, é necessária a realização de estudos de impacto ambiental mais detalhados e o processo de licenciamento aplicável geralmente é o ordinário e não o simplificado. Nesses casos, é preciso avaliar com os consultores técnicos-ambientais, pois é possível que faça sentido atribuir ao menos o risco de obtenção da licença-prévia ao

¹⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Riscos ambientais em concessões e PPPs**. Publicado em 07/06/2014.

Poder Concedente nos termos que explico abaixo para o caso de as obras serem realizadas fora da área de domínio da rodovia.

Se for necessária a realização de obras fora da área de domínio atual da rodovia, então, é interessante que a responsabilidade pela obtenção da licença prévia seja do Poder Concedente, que deverá assumir a posição de empreendedor no processo de licenciamento. As demais licenças podem ser de responsabilidade dos concessionários, já que geralmente a emissão da licença prévia torna viável o dimensionamento com segurança dos custos para o concessionário para cumprimento das obrigações de natureza ambiental relacionadas à implantação e operação do empreendimento.

Note-se que uma das principais dificuldades para o Poder Concedente se responsabilizar pelas licenças é a necessidade de contratação de consultoria para a realização de estudos, particularmente do EIA – Estudo de Impacto Ambiental e do RIMA – Relatório de Impacto no Meio Ambiente relativos ao projeto.

Para assegurar agilidade e qualidade nessa contratação, a minha sugestão é que essa atribuição seja alocada pelo contrato ao concessionário. Ele contratará mais facilmente que o Poder Concedente e terá todo o incentivo para contratar consultorias com a qualidade adequada, de maneira a facilitar o andamento do processo de licenciamento ambiental.

Em relação ao custo dessa contratação, o ideal é que o contrato de concessão estabeleça um valor de referência para esse custo. Se ele for excedido, a agência reguladora deverá reequilibrar o contrato em favor do concessionário. Se o custo for menor que o estimado, a agência deverá reequilibrar o contrato em favor do Poder Concedente.

7.2.2. Risco de cumprimento dos condicionantes ambientais

Como as concessões no Brasil são realizadas em regra sem licença prévia ambiental, não estão definidas no momento da realização da proposta as condicionantes (mitigantes e compensações) a serem cumpridas para implantação e operação do empreendimento.

Por isso, é importante que o edital/contrato estime o custo para cumprimento dessas condicionantes e estabeleça que, caso o custo do concessionário seja superior ao estimado, a agência reguladora reequilibrará o contrato em favor do concessionário. Caso o custo seja menor que o estimado, a agência reguladora reequilibrará o contrato em favor do Poder Concedente.

7.2.3. Risco de passivos ambientais

O contrato precisa distribuir o risco relativo aos passivos ambientais. Os passivos são situações de eminente perigo de dano ao meio ambiente ou danos já havidos ao meio ambiente, que precisam ser reparados.

O ideal é que os estudos ambientais disponibilizados pelo Governo no processo licitatório mapeiem os passivos. A reparação dos passivos previstos nesses estudos ambientais deve ser risco do concessionário.

Além disso, é preciso que o contrato de concessão estabeleça um cronograma para o concessionário remediar esses passivos e proteção contra multas eventualmente aplicadas pelos órgãos ambientais ao longo dos prazos que esse cronograma estabelecer para a remediação de cada passivo. Nesses prazos, mesmo que os órgãos ambientais imponham penalidades ao concessionário, ele deverá ser protegido pelo Poder Concedente, que deverá compensá-lo de modo a evitar que a imposição de multas lhe cause quaisquer perdas.

Os passivos, contudo, não detectados pelos estudos realizados pelo Governo devem ser risco do Poder Concedente.

Evidentemente, que mesmo em relação aos passivos ambientais que sejam risco do Poder Concedente, o concessionário estará em melhor posição para remediá-los que o Poder Concedente. Por isso, o ideal é que o concessionário fique responsável por remediá-los, mas os custos envolvidos nessa remediação sejam atribuídos ao Poder Concedente.

Para isso, é importante o contrato prever um procedimento pelo qual o concessionário revele ao Poder Concedente que encontrou um passivo não conhecido e submeta a ele para aprovação um orçamento e um cronograma para remediá-lo.

É importante que em relação a esses passivos o concessionário esteja protegido contra penalidades ambientais desde o momento em que eles venham a ser revelados até o prazo estipulado no cronograma para remediá-los.

Caso não haja acordo sobre o cronograma e preço para remediar os passivos, o Poder Concedente pode resolver realizar diretamente ou contratar empresa para remediar esses passivos. O contrato deverá estabelecer que, se isso acontecer, o Poder Concedente ficará responsável por qualquer multa imposta pelos órgãos ambientais em virtude desse passivo, mesmo após a sua remediação.

7.2.4. Risco de danos ambientais

O risco de danos ambientais (para além do previsto no processo de licenciamento ambiental) deve ser atribuído exclusivamente ao concessionário. O objetivo é criar o incentivo adequado para o concessionário minimizar esses danos.

7.3. Risco social (desapropriações/desocupações)

Há atualmente regra sobre desapropriações e desocupações nos contratos de concessão de rodovia do Estado de São Paulo da segunda rodada. Basicamente, essa regra lança sobre o concessionário todos os principais riscos relativos a desapropriações e desocupações: variação de custos de imóveis e outras benfeitorias, atraso no processo de desapropriação e desocupação não controláveis pelos concessionários, incerteza sobre as regras para realização das desocupações, particularmente para tratamento das populações mais vulneráveis, cumulada com a alta possibilidade de os financiadores exigirem o cumprimento dos Princípios do Equador.

Vejam as principais disposições da cláusula constante dos contratos da segunda rodada de concessões rodoviárias do Estado de São Paulo sobre esse tema. Eu realizei os grifos.

“DESAPROPRIAÇÕES

CLÁUSULA 16. - OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

16.1. As desapropriações e a instituição de servidões administrativas, necessárias à realização dos serviços compreendidos pelas FUNÇÕES DE AMPLIAÇÃO, exceto aquelas em andamento na data de apresentação da proposta, elencadas no ANEXO) 02 do Edital, serão efetuadas pela CONCESSIONÁRIA, às suas expensas e sob sua responsabilidade, com obediência às disposições da legislação aplicável.

(...)

16.2. Para dar cumprimento às suas obrigações relacionadas com as desapropriações ou instituição de servidões administrativas, a CONCESSIONÁRIA deverá:

(...)

II. Conduzir os processos desapropriatórios ou de instituição de servidões administrativas, responsabilizando-se por todos os custos relacionados com os mesmos, incluindo os referentes à aquisição dos imóveis, o pagamento de indenizações ou de quaisquer outras compensações decorrentes da desapropriação ou da instituição de servidões ou de outros ônus ou encargos relacionados, incluindo eventual uso temporário de bens imóveis ou a realocação de bens ou pessoas, bem como as despesas com custas processuais, honorários advocatícios e de peritos;

(...)”

As considerações realizadas a seguir sobre risco social se apoiam no artigo de minha autoria disponível no seguinte [link](#)¹⁹.

O contrato de concessão de rodovias do Estado de São Paulo deveria estabelecer mecanismos para atribuir ao Poder Concedente o risco de variação do custo dos imóveis, o custo dos atrasos no processo de desapropriação e desocupação que não sejam causados pelo concessionário, e estabelecer regras claras sobre desocupações, particularmente, sobre o tratamento de populações vulneráveis.

Em relação ao custo das desapropriações e desocupações, o contrato deveria estabelecer mecanismo semelhante àquele mencionado para o custo de cumprimento dos condicionantes ambientais. Estabelecer um custo de referência e, caso o custo do concessionário seja superior ao estimado, a agência reguladora reequilibrará o contrato em favor do concessionário. Caso o custo seja menor que o estimado, a agência reguladora reequilibrará o contrato em favor do Poder Concedente. Como já mencionado acima, o estabelecimento desse tipo de mecanismo evita que o concessionário provisione custos que ele não tem como controlar e que encareçam desnecessariamente a tarifa aos usuários.

Se houver quantidade de obras relevantes que requeiram desapropriações e desocupações complexas, em relação ao risco de atrasos, o contrato deve estabelecer um plano de ataque referencial e um cronograma das ações, estimando os prazos necessários para os atos de cada uma das entidades envolvidas – o concessionário, a Administração Pública, o Poder Judiciário etc. – necessários para disponibilizar as áreas devidamente desimpedidas para início das intervenções.

Quaisquer atrasos nos atos que não estejam sob o controle do concessionário (por exemplo, o atraso na imissão da posse pelo Poder Judiciário) deve gerar compensações ao concessionário. O objetivo de regras desse tipo, como já expliquei antes, é evitar que os participantes da licitação incluam na sua proposta as estimativas de custo com atrasos que eles não têm como controlar, encarecendo desnecessariamente as propostas.

Note-se que esse plano de ataque evidentemente deverá ser ajustado ao plano de ataque das obras a ser estabelecido pelo concessionário. Os prazos para as ações de cada um dos entes envolvidos no processo de desapropriação e desocupação, no entanto, devem ser, tanto quanto possível, mantidos na versão final desse plano.

Em relação às desocupações, uma vez que, como demonstrei no artigo de minha autoria sobre esse tema mencionado acima, o nosso ordenamento jurídico não tem regras adequadas para tratamento das desocupações, particularmente no caso de populações vulneráveis, é importante que o contrato estabeleça essas regras, de modo a dar às populações mais vulneráveis a proteção adequada.

¹⁹ RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs**: custos, riscos, sensibilidade política e os Princípios do Equador. Publicado em 09/05/2013.

O Estado de São Paulo tem alguma experiência em lidar com esse tema em concessões e PPPs. Por exemplo, no contrato de PPP da Linha 06 do Metrô de São Paulo, constam regras sobre o tratamento de populações vulneráveis nas desapropriações/desocupações necessárias à implantação daquele projeto.

Na minha opinião, contudo, a melhor estratégia para os contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo lidarem com esse tema seria seguir o exemplo da concessão do sistema de rodovias da BA093, isso é, incorporar ao contrato as regras dos Princípios do Equador relativas a desocupações e desapropriações, de modo a deixar clara a necessidade de todos os participantes da licitação precificarem o custo de desapropriação e desocupação seguindo esses parâmetros sociais. No meu artigo, já mencionado sobre riscos sociais, eu explico em detalhes essas regras.

7.4. Risco de remanejamento de interferências

As anotações a seguir sobre risco de remanejamento de interferências estão baseadas em artigo de minha autoria sobre o tema publicado no seguinte [link²⁰](#), com exceção das notas a seguir sobre o plano de interferências, que é uma evolução em relação à forma que tratei do assunto nesse artigo.

Em relação ao remanejamento de interferências, é preciso distinguir o custo de remanejamento das interferências mapeadas, que deve ser atribuído ao concessionário, do risco de interferências imprevistas, que deve ser atribuído ao Poder Concedente.

Na grande maioria dos casos, o remanejamento da interferência tem que ser feito pela empresa detentora dos direitos sobre a infraestrutura a ser remanejada. O concessionário custeia o remanejamento, mas não é ele que efetivamente o realiza.

Não é incomum atrasos das empresas detentoras de infraestrutura no remanejamento das interferências, mesmo quando notificadas pelo concessionário com a antecedência devida. Esses atrasos impactam o plano de ataque das obras do concessionário, que, muitas vezes, por essa razão, tem que ser adiado e reprogramado, o que implica em aumento dos custos das obras. Por isso, é importante o contrato prever procedimento para lidar com esses casos, atribuindo ao Poder Concedente o custo de atrasos de terceiros que não podem ser remediados pelos concessionários, desde que o concessionário tenha adotado todas as cautelas estabelecidas no contrato para evitar tais atrasos.

Para isso, o contrato deve prever um plano de remanejamento de interferências, nos moldes do plano de desapropriação/desocupação que mencionei no item 7.3 acima. Esse plano deve prever as ações a serem realizadas por cada uma das entidades envolvidas no processo de remanejamento das interferências. O descumprimento dos prazos previstos nesse plano por entidades que não são controladas pelo concessionário deve gerar direito a reequilíbrio do contrato em favor do

²⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Riscos de remoção, remanejamento e instalação de interferências e acidentes com interferências em concessões e PPPs**. Publicado em 20/01/2015.

concessionário. Assim como no plano de desapropriações/desocupações, o plano referencial de remanejamento de interferências que integrar a minuta de contrato quando da licitação da concessão deve ser ajustado ao plano de ataque das obras do concessionário, preservando, entretanto, tanto quanto possível os prazos atribuídos a cada uma das entidades que atuam no processo de remanejamento de interferências.

O contrato também deveria disciplinar o procedimento para a instalação de novas infraestruturas que possam interferir nas rodovias. Sobre isso, eu remeto os leitores ao artigo de minha autoria, disponível no seguinte [link²¹](#), que especifica como deveriam ser essas regras.

8. A importância da credibilidade do sistema de equilíbrio econômico-financeiro e do sistema para lidar com conflitos entre as partes

De nada adianta uma distribuição de riscos adequada se os participantes da licitação não puderem confiar que ela será adequadamente aplicada para compensá-los quando ocorrer eventos que afetem econômica ou financeiramente a concessionária, mas cujo risco seja do Poder Concedente.

Contudo, explicar especificamente como deveria ser o sistema de reequilíbrio dos contratos de concessão de rodovias é tema para um novo artigo.

Note-se, entretanto, que os documentos que já produzi nos últimos anos sobre esse tema dão uma boa noção do que deveria ser feito nessa área. Particularmente, publiquei em 2014 um modelo de anexo a contrato de concessão com o objetivo de explicar como deveriam ser as regras sobre equilíbrio econômico-financeiro em contratos desse tipo. Esse documento pode ser encontrado [aqui](#).

Alguns pontos, contudo, merecem ser mencionados aqui, até mesmo porque são relevantes para o presente caso e eu não os desenvolvi em outros artigos.

Se a intenção da ARTESP, para aumentar a competição na licitação, é realizar arranjo que possibilite o financiamento sob a forma de *Project Finance* sem recurso ou com recurso limitado aos acionistas da concessionária, é nodal que se inclua regra que estabeleça que, no caso de ocorrências de quaisquer eventos que sejam risco do Poder Concedente, inclusive no caso de alteração unilateral do contrato, durante o período inicial de investimentos da concessão, a compensação financeira ao concessionário deverá ser realizada como pagamento em dinheiro à vista. A rigor, o objetivo dessa regra é garantir que o processo de reequilíbrio coloque o concessionário não apenas na condição econômica anterior à ocorrência do evento, mas também na condição financeira anterior à ocorrência do evento.²²

²¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Riscos de remoção, remanejamento e instalação de interferências e acidentes com interferências em concessões e PPPs**. Publicado em 20/01/2015.

²² Sobre isso, vide artigo de minha autoria, sobre reequilíbrios incompletos, disponível no seguinte [link](#). (RIBEIRO, Maurício Portugal. **Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP**:

Essa regra é importante porque os financiadores não se sentirão confortáveis em permitir que o financiamento seja com recurso limitado ou sem recurso ao acionista se o Poder Concedente não arcar no curto prazo com os custos decorrentes dos riscos que lhe foram atribuídos. Sem uma regra desse tipo, os financiadores condicionarão o financiamento à assunção pelos acionistas da concessionária da obrigação de prover liquidez à concessionária caso ela tenha que lidar com as consequências de eventos que sejam risco do Poder Concedente, mas cujo reequilíbrio seja incompleto, isto é, que não coloque a concessionária em condições financeiras semelhantes à que tinha antes da ocorrência do evento gravoso.

Nessa mesma linha, também com o objetivo de garantir que o sistema de reequilíbrio seja completo (não apenas econômico, mas também financeiro), é importante que o contrato preveja que o reequilíbrio tenha por objetivo não apenas manter a rentabilidade esperada da concessionária e de seus acionistas, mas também o índice de cobertura do serviço da dívida. Pretende-se, assim, dar aos financiadores da concessionária a garantia de que o processo de reequilíbrio preservará a capacidade da concessionária de pagar a sua dívida. Essa proteção aos financiadores é essencial para que eles não exijam dos acionistas da concessionária garantia corporativa, viabilizando assim o financiamento com recurso limitado ou sem recurso ao acionista, que permitiria maior competição na licitação, aumentando as chances de obtenção, de melhor relação entre qualidade e custo dos serviços para os usuários da rodovia e para o Poder Concedente.

Ao lado do sistema de equilíbrio econômico-financeiro, é extremamente importante aperfeiçoar o sistema de resolução de conflitos. Em vista das dificuldades com a lentidão do Poder Judiciário e a formação generalista dos juízes, na minha opinião, é fundamental a previsão da arbitragem nesses contratos, com cláusulas que deixem claro o entendimento de que quaisquer questões com impacto econômico-financeiro podem ser objeto de arbitragem.

Além disso, considerando que, mesmo a passagem do tempo necessário à solução de conflitos por arbitragem pode ter impacto negativo relevante no projeto, seria interessante prever no contrato algum mecanismo de mediação, por exemplo, uma Comissão Técnica, com decisões não vinculantes, formada por um membro indicado por cada parte e um terceiro indicado pelos dois outros membros. Essa comissão poderia ter prazo curto, por exemplo, 60 dias para se pronunciar sobre as questões e, em muitos casos, evitará, com vantagens, a realização da arbitragem. Esse tipo de Comissão Técnica para realização de mediação é atualmente muito comum em contratos de concessão e PPP.