

**Aumento da eficiência operacional de infraestrutura existente  
versus a sua expansão: e se o concessionário conseguir  
cumprir os indicadores de serviço contratuais sem fazer  
aquela obra que o Poder Concedente ou a agência reguladora  
imaginava necessária?<sup>1</sup>**

**Mauricio Portugal Ribeiro<sup>2</sup>**

**Gabriela Engler Pinto<sup>3</sup>**

## **1. Introdução**

Contratos de concessão e PPP são modelados e celebrados com a esperança de que a iniciativa privada consiga atingir a qualidade e as quantidades de serviços previstas no contrato com maior eficiência que a obtida pelo setor público.

---

<sup>1</sup> Gostaríamos de agradecer a Ana Claudia Cunha Costa pela revisão de texto que fez desse artigo. Eventuais erros e omissões são exclusivamente de responsabilidade dos autores.

<sup>2</sup> Mauricio Portugal Ribeiro é advogado especializado na estruturação, licitação e regulação de contratos de Concessões e PPPs nos setores de infraestrutura, sócio do Portugal Ribeiro Advogados ([mauricio@portugalribeiro.com.br](mailto:mauricio@portugalribeiro.com.br)), e autor, entre outros, dos livros “10 Anos da Lei de PPP, 20 Anos da Lei de Concessões”, publicado pela Revolução eBook, Rio de Janeiro, 2015, “Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos”, publicado pela Editora Atlas, São Paulo, em 2011 e “Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos”, publicado pela Malheiros Editores, São Paulo, 2011 (esse último em coautoria com Lucas Navarro Prado).

<sup>3</sup> Gabriela Engler Pinto é advogada de Portugal Ribeiro Advogados ([gabriela@portugalribeiro.com.br](mailto:gabriela@portugalribeiro.com.br)) e LL.M pela Columbia Law School (James Kent Scholar).

É comum, entretanto, no processo de modelagem de concessões e PPPs, o Poder Concedente supor que é indispensável expandir a infraestrutura existente ou implantar nova infraestrutura para atingir os níveis de serviço a serem incluídos nos contratos.

Por exemplo, é possível que no contrato de PPP para a construção de rodoanel *greenfield* em torno da região metropolitana de uma grande cidade, o Poder Concedente, durante a elaboração do anteprojeto da rodovia, suponha ser indispensável a implantação de túneis, pontes e viadutos com um dado perfil em vista da topografia da área, das especificações (classe da rodovia e, portanto, os raios de curva e inclinação de rampas aceitáveis), do traçado estudado e da topografia da área. E talvez os concessionários encontrem soluções que permitam, seguindo todas as regras do contrato, eliminar ou mudar o perfil de alguns túneis, pontes e viadutos.

Outro exemplo: no contrato de concessão de um aeroporto, no qual o concessionário tem a obrigação de disponibilizar novas posições de estacionamento de aeronaves, é possível que o Poder Concedente suponha que é indispensável a construção de um novo pátio para abrigar as novas posições de estacionamento de aeronaves. Contudo, é viável que o concessionário aumente a eficiência na utilização da infraestrutura existente com remarcação das posições das aeronaves no pátio existente e modificação das práticas operacionais de modo a tornar desnecessária a expansão do pátio existente ou a implantação de novo pátio.

Um terceiro exemplo: o caso de uma linha de metrô, em nível ou elevado, na qual o Poder Concedente suponha ser necessário um segundo pátio de manobra e manutenção, que o concessionário posteriormente entende desnecessário para dar cumprimento aos indicadores de serviço previstos no contrato.

Imagine-se que em todos esses casos, os anteprojetos (ou os elementos de projeto básico) disponibilizados pelo Poder Concedente para colocar cada PPP ou concessão em licitação, tiveram como premissa técnica<sup>4</sup> a necessidade de expansão da infraestrutura existente ou a implantação de nova infraestrutura para atingir os indicadores de serviço previstos nos respectivos contratos.

Mas eis que o vencedor de cada licitação encontra uma forma de atingir os indicadores de serviço previstos no respectivo contrato sem expandir a infraestrutura existente e/ou sem realizar a construção de nova infraestrutura.

O presente artigo pretende investigar as consequências jurídicas dessas ocorrências, com o objetivo de responder às seguintes perguntas.

Supondo que o concessionário atenderá a todos os parâmetros de desempenho do contrato:

---

<sup>4</sup> A ideia de premissa técnica utilizada aqui é no sentido de que os estudos de viabilidade que embasaram o projeto de concessão ou PPP consideraram, tendo em vista inclusive projetos similares como referência, a expansão/nova infraestrutura como necessária para atender às expectativas de demanda e crescimento do projeto. Como será discutido adiante, isso não significa, necessariamente, que tal expansão ou nova infraestrutura foi prevista como elemento vinculante ao concessionário no anteprojeto.

- Pode o concessionário não construir a infraestrutura prevista no anteprojeto, usado pelo Poder Concedente como referência para a realização da licitação da concessão ou PPP?
- E se a capacidade de construir a referida infraestrutura tiver sido utilizada como linha de corte para participação na licitação, por meio de atestação técnica?
- E se o concessionário só se der conta que a expansão da infraestrutura existente ou implantação da nova infraestrutura é desnecessária depois de já ter aprovado junto ao Poder Concedente e/ou agência reguladora os estudos de engenharia para a sua implantação?
- E se o concessionário não fizer a infraestrutura, cabe reequilíbrio em favor do Poder Concedente por essa razão?

Abordaremos os temas na mesma ordem das perguntas acima.

Antes, entretanto, de passarmos à argumentação, achamos importante informar ao leitor que não nos conhece que somos advogados de diversos concessionários, inclusive em casos semelhantes aos que usamos como exemplo no presente trabalho.

## **2. Pode o concessionário não construir a infraestrutura?**

A resposta depende do contrato.

Contratos bem elaborados geralmente vinculam o concessionário ao atingimento de indicadores quantitativos e qualitativos, deixando-o livre para encontrar os meios mais eficientes para tanto. Esses são os contratos focados nas obrigações de desempenho.

Há, contudo, contratos que, além das obrigações de desempenho, estabelecem a obrigatoriedade de realização de dados investimentos independentemente da sua relação direta com o atingimento dos indicadores de desempenho previstos no contrato.

Geralmente, a estipulação, em contratos de concessão e PPP, de obrigações de investimento é realizada quando é inviável definir e captar por meio de indicadores de desempenho o benefício para o projeto da realização de uma infraestrutura.<sup>5</sup> Por isso que, em contratos de concessão e PPP, a inclusão de obrigações de investimento deveria ser algo excepcional, realizado apenas quando não fosse possível captar, por indicadores de desempenho, o benefício da construção de uma infraestrutura específica.

Se o contrato estabelecer a obrigação de construção de uma infraestrutura específica (independente da sua contribuição para atingir os indicadores do contrato), isto é, se ele tratar a obrigação de expansão ou construção de uma dada infraestrutura como uma obrigação de investimento, então o concessionário terá obrigação de construí-la.

---

<sup>5</sup> Isso também foi feito recentemente nos contratos de concessão de infraestruturas aeroportuárias e rodoviárias celebrados pelo Governo Federal, que resolveu incluir obrigações de investir na expansão de infraestruturas nos primeiros anos desses contratos, mesmo em situações em que as estimativas de demanda não justificavam tais expansões.

Supondo, entretanto, que o contrato está baseado em obrigações de desempenho, evidentemente que o ideal é que o concessionário encontre uma forma de prestar os serviços e de atingir os níveis de qualidade e quantidade de serviço previstos no contrato com o menor custo possível. Tanto melhor se isso significar que será desnecessária a expansão de infraestrutura existente e/ou a construção de nova infraestrutura.

Aliás, a principal razão para o envolvimento da iniciativa privada na implantação e gestão de infraestruturas é a maximização da eficiência na sua operação.

Nesse contexto, deveria ser motivo de comemoração o fato da eficiência operacional trazida pelo parceiro privado ser tão alta (comparada ao esperado) a ponto de ele ser capaz de atingir os indicadores de serviço do contrato sem expandir a infraestrutura existente ou construir uma infraestrutura que o Poder Concedente reputava indispensável para tanto.

Além disso, dependendo de como estiver estruturado o contrato e a licitação, os benefícios decorrentes dessa eficiência operacional serão compartilhados com usuários e com o Poder Concedente. Trataremos desse tema no item 5 abaixo.

De qualquer modo, o fato da eficiência operacional do concessionário ter tornado desnecessária a construção de nova infraestrutura representa uma economia de recursos escassos que beneficiará toda a sociedade, pois esses recursos poderão ser empregados para outros fins. Ademais, evitar-se-ia os impactos ambientais danosos que a expansão e construção de infraestruturas ainda tem, na grande maioria dos casos. Evidentemente, que os processos de licenciamento ambiental buscam formas de neutralizar esses impactos negativos, mas ainda assim, da perspectiva exclusivamente ambiental, geralmente a não expansão ou não construção de uma infraestrutura, particularmente no caso de infraestruturas de transportes, é em muitos casos melhor que a construção.

Portanto, entendemos que, desde que atendidos os parâmetros de desempenho contratuais e desde que a expansão ou construção de nova infraestrutura não seja uma obrigação expressa de investimento no contrato, o concessionário não está obrigado a executá-la.

### **3. E se a capacidade de construir a infraestrutura tiver sido utilizada como linha de corte na licitação, por meio de atestação técnica?**

O Poder Concedente estabelece as exigências técnicas e financeiras para a participação em licitações de concessão ou PPP considerando, entre outros elementos, o desempenho esperado na operação da infraestrutura existente, as projeções de demanda pelos serviços, o plano de investimentos para melhoria, a expansão da infraestrutura existente, a construção de novas infraestruturas e as informações e dados que decorrem dos estudos de engenharia desenvolvidos para tanto.

A questão que queremos abordar nesse ponto é se, após ter vencido licitação que exigia, como condição de habilitação ou como parte da sua proposta técnica, a apresentação de atestados para expansão da infraestrutura existente ou para a construção de um determinado tipo de infraestrutura, o vencedor da licitação mostre ser desnecessária a construção dessa infraestrutura, por exemplo, apresentando soluções operacionais que provem a possibilidade de obter os níveis de qualidade do serviço previstos no contrato, sem a expansão da infraestrutura existente ou implantação de nova infraestrutura.

A questão acima será respondida supondo que o contrato de concessão ou PPP é um contrato focado em obrigações de desempenho e, por isso, não exige especificamente a expansão ou a construção da infraestrutura. Nesse contexto, como já falamos antes, a obrigação do concessionário é atingir os indicadores de qualidade e quantidade de serviços previstos no contrato. A expansão de infraestrutura existente ou construção de nova infraestrutura foi, contudo, prevista no anteprojeto disponibilizado pelo Poder Concedente porque ele e seus consultores supunham – considerando a curva de demanda estimada e os níveis esperados de eficiência operacional do concessionário – ser impossível atingir os indicadores de serviço sem a expansão da infraestrutura existente ou sem a implantação de nova infraestrutura.

Os limites de utilização de soluções alternativas de operação que levem à não expansão ou à não construção de uma dada infraestrutura são dados pelas regras previstas no edital, no contrato e nos seus anexos, uma vez que não há regras legais sobre esse assunto.

Vamos supor que o edital, o contrato e seus anexos não estabeleçam quaisquer limitações para a adoção de alternativas operacionais que levem à não expansão das infraestruturas existentes ou à não implantação de uma nova infraestrutura e que a capacidade de expansão e/ou implantação mencionadas foram consideradas para definição dos atestados exigidos para a habilitação técnica e econômico-financeira dos participantes da licitação.

Nesse contexto, os participantes da licitação não tinham obrigação de considerar, como limite à adoção de alternativas operacionais e de construção, as regras relativas à qualificação na licitação.

As exigências para qualificação de participantes em licitações de concessões e PPPs são balizadas pelos estudos técnicos e econômico-financeiros que o Poder Concedente dispõe quando da elaboração do edital de licitação.

Como mencionamos acima, o nível de detalhamento exigido dos estudos de engenharia nesse momento é de anteprojeto.<sup>6</sup>

Como o anteprojeto que o Poder Concedente dispunha previa quantitativos relevantes de realização de, por exemplo, terraplenagem, implantação de túneis, pátios, pontes, viadutos, as regras sobre qualificação naturalmente estabeleceram as exigências que o

---

<sup>6</sup> No caso das PPPs isso surgiu com o advento da Lei Federal n. 12.766/2012, que alterou a Lei de PPP e (i) adotou o conceito de anteprojeto para definir o nível de detalhamento dos estudos de engenharia, como requisito para licitação e (ii) definiu que a estimativa do valor do investimento em projeto de PPP seria determinada utilizando-se orçamento com nível de detalhamento compatível com o de anteprojeto de engenharia. Pode-se entender que essa alteração legal veio para clarificar a redação do artigo 18, XV da Lei de Concessões, aplicável também às PPPs (em decorrência do disposto no artigo 11 da Lei de PPP), que exige para a licitação a disponibilização, aos participantes, de “elementos do projeto básico” das obras contempladas no projeto. Como a expressão “elementos do projeto básico” é vaga em termos de conceituação técnica, a utilização da expressão “anteprojeto” serviu para conferir maior rigor técnico à dicção legal (tecnicamente, os níveis de detalhamento de projetos de engenharia são bem definidos em Normas Brasileiras (NBRs) adotadas pela ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas). Para detalhes sobre essa alteração legal ver: RIBEIRO, Mauricio Portugal et al. A Lei 12.766 (resultante da conversão da medida provisória 575/12) e o nível de detalhamento dos estudos de engenharia em PPPs. In: **10 Anos da Lei de PPP, 20 Anos da Lei de Concessões: viabilizando Projetos de Infraestrutura para Desenvolvimento Econômico-Social**. Revolução Ebook, 2015.

Poder Concedente entendeu compatíveis com o perfil das obras previstas no seu anteprojeto.

Ainda que essas exigências criem legitimamente restrições à participação na licitação de empresas que não têm essas qualificações, elas não conflitam com a liberdade concedida aos participantes da licitação de adotar soluções de engenharia alternativas àquelas previstas no anteprojeto elaborado pelo Poder Concedente e seus consultores.

Se o Poder Concedente quiser que as exigências de qualificação (ou atestados relativos à experiência anterior dos participantes da licitação que venham a integrar a sua proposta técnica) sejam limites à utilização de alternativas pelos participantes da licitação, isso deve estar expresso no edital de licitação.

Aliás, se adotarmos o entendimento de que a exigência de atestação na qualificação da licitação é limite à possibilidade de o adjudicatário propor alternativas ao projeto disponibilizado pelo Poder Concedente – além de criamos uma grande confusão em relação às condições de contorno de projetos a serem elaborados por concessionários –, criaríamos obstáculos desarrazoados à busca da eficiência na tarefa de melhoria da qualidade e quantidade do serviço objeto dos contratos de concessão ou PPP, o que seria contrário ao interesse público.

Alguns exemplos podem esclarecer essa assertiva: imagine-se um edital de concessão ou PPP que exige para habilitação atestados relativos à execução de pontes, com vão superior a determinado tamanho, com área mínima também estabelecida no edital. Imagine-se que o concessionário encontre uma forma mais eficiente de implantar o projeto com pontes com vãos menores que os exigidos como condição da habilitação, ou com um número de pontes menor do que o estimado nos estudos disponibilizados pelo Poder Concedente. Faria algum sentido proibir o concessionário de reduzir o número de pontes e viadutos, ou de reduzir os vãos das pontes e viadutos a serem executados, se ele conseguir manter todas as funcionalidades e níveis de serviço exigidos da infraestrutura e seguir todas as regras técnicas e editalícias pertinentes? É evidente que não. Até porque é muito provável que o concessionário tenha formulado sua proposta de preço na licitação – que venceu por ter sido a mais competitiva – considerando a possibilidade de utilizar soluções alternativas de engenharia (supondo-se, evidentemente, a inexistência de qualquer limitação editalícia nesse sentido). Assim, caso o Poder Concedente imponha *ex post* alguma restrição ao uso de soluções alternativas, mas que atingem o mesmo fim, a própria proposta de preço do concessionário poderia deixar de fazer sentido.

A circunstância acima descrita (executar número de pontes ou vãos de pontes em dimensão inferior ao exigido na atestação) de alguma forma invalida ou vulnera a licitação? Claro que não, pois a decisão sobre a atestação a ser exigida para qualificação em uma licitação é tomada com base nas informações de engenharia disponíveis no momento da elaboração do edital, e, evidentemente, não pode ficar sujeita à revisão quando da obtenção de informações mais detalhadas que são consequência da progressão dos estudos de engenharia em direção à execução da obra.

Isso é especialmente importante no caso de concessões e PPPs, em que a exigência legal de estudo de engenharia para início da licitação é a realização de anteprojeto. Ora, exatamente porque o nível de detalhamento do anteprojeto é baixo é não só possível como provável que, em PPPs e concessões, ocorram diversas situações em que a exigência de

atestação para qualificação se mostre superior às obras que serão efetivamente executadas.

Como se sabe, através das exigências de qualificação técnica e econômico-financeira, busca-se identificar os licitantes aptos a desempenhar o objeto da licitação. No que concerne especificamente às exigências técnico-operacionais, assume-se que a experiência do licitante na execução de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto licitado seria meio hábil a comprovar a sua aptidão para desempenhá-lo.

É possível que, considerando as informações de engenharia disponíveis à época da estruturação da licitação – de nível de detalhamento compatível com o de anteprojeto, tal como exigido expressamente pelas leis – o Poder Concedente entenda que, em razão, por exemplo, da forma tradicional de operar grandes aeroportos no Brasil, seja necessária a construção de um novo pátio de estacionamento de aeronaves para atingir os indicadores operacionais estipulados no contrato. Ou, que seja necessária a construção de um segundo pátio de manobras, que o parceiro privado entenda desnecessário para operar a linha de metrô de superfície. Ou, outro exemplo, é possível que o Poder Concedente, no caso da PPP para implantação de rodovia, em vista de características topográficas da região, entenda indispensável a construção de túneis para viabilizar a prestação do serviço conforme os parâmetros de qualidade almejados pelo Poder Concedente.

Tendo em vista esses diagnósticos – vale ressaltar, que eram os diagnósticos possíveis à luz dos estudos disponíveis de demanda e operação dos serviços e também a partir do nível de detalhamento das informações de engenharia até então produzidas para elaboração dos respectivos editais de licitação –, mostra-se perfeitamente justificável a exigência, no edital, de comprovação, pelos licitantes, de experiência na construção de pátios (de estacionamento, no aeroporto, e de manobra no caso de metrô) ou túneis, pontes e viadutos como forma de verificação, pela Administração Pública, da aptidão dos participantes da licitação para desempenhar adequadamente o objeto da licitação.

Aliás, é importante notar que é absolutamente normal em concessões e PPPs que envolvem construção pesada que se exija atestados relativos a aspectos da obra que, posteriormente, com o aprofundamento dos estudos de engenharia, se mostrem em alguns casos sobrestimados em relação à efetiva necessidade para implantação das obras, e, em outros, se mostrem subestimados para tanto.

Imagine-se que tenha sido exigido dos licitantes, na licitação da PPP de aeroportos, a atestação de experiência em construção de “x” metros quadrados de pátio aeroportuário com determinadas características, ou, no caso da PPP de rodovias, a atestação da experiência na construção de túneis, com comprimento de “z” metros e com pelo menos “y” metros quadrados de seção transversal, ou, ainda, no caso da PPP de Metrô, o Edital tenha exigido atestação dos participantes da licitação de escavação de, no mínimo “w” metros cúbicos de material de 1ª e/ou de 2ª categoria e de, no mínimo, “v” metros cúbicos de material de 3ª categoria.

Imagine-se, agora, que a progressão dos estudos de engenharia, especialmente as sondagens, mostre que o perfil do terreno no qual será implantado o projeto é diferente do originalmente previsto, no caso da PPP de metrô e no caso da PPP de rodovia. Se houver, por exemplo, a predominância de rochas no terreno, é possível que a atestação

exigida de escavação em material de 1ª e 2ª categoria se mostre superestimada em relação às escavações efetivamente realizadas. E, no caso da PPP de aeroportos, imagine-se que a eficiência operacional do parceiro privado torne desnecessária a construção de pátio (apesar de ter sido exigida na licitação a comprovação de experiência na construção de pátios em aeroportos). Se isso acontecer nesses casos, haveria algum problema? Estariam as licitações por isso vulneráveis ao questionamento da sua validade e eficácia? Claro que não. Trata-se de circunstâncias absolutamente normais, particularmente no caso de licitações de concessão e PPP, nas quais os estudos de engenharia utilizados para início da licitação têm nível de detalhamento menor (anteprojeto) do que os utilizados para início das licitações de obra pública (projetos básicos).

Note-se que o mero fato dos anteprojeto anexos aos respectivos editais serem não vinculantes – o que é essencial para permitir ao parceiro privado maximizar a eficiência na prestação dos serviços objeto do contrato de concessão ou PPP – já cria a possibilidade do quantitativo de serviços efetivamente realizado ser divergente do que foi exigido na fase de qualificação ou como parte da proposta técnica da licitação. Mas, como já assinalamos acima, isso é natural, e até mesmo esperado, em circunstâncias similares.

Nesse contexto, não faz nenhum sentido admitir-se que, *a posteriori*, depois de realizada a proposta pelos participantes da licitação, os respectivos Poderes Concedentes convertam exigências de habilitação em limites à utilização pelos participantes da licitação de alternativas ao conteúdo dos estudos de engenharia originalmente disponibilizados pelos respectivos Poderes Concedentes. Isso seria alterar as regras das licitações após a entrega das propostas, o que seria completamente contrário ao princípio da vinculação da Administração Pública ao edital de licitação.

#### **4. E se o concessionário só se der conta que a infraestrutura é desnecessária depois de já ter aprovado um projeto básico para a sua construção junto ao Poder Concedente e/ou a agência reguladora? Preclui o direito do concessionário de desistir da construção ou de alterar o projeto da infraestrutura?**

Se o contrato estabelece indicadores de resultado do serviço e transfere para o concessionário a decisão e o risco relativo à expansão das infraestruturas existentes e à construção de novas infraestruturas para atingir tais indicadores, assim como o risco da elaboração dos projetos, é viável o concessionário, a qualquer tempo, mesmo após iniciada a construção da infraestrutura, decidir não a implantar ou alterar o projeto básico para adequá-lo às novas soluções pensadas.

Como o risco de não atingir os indicadores de serviço previstos no contrato e o custo da construção da infraestrutura são seus, evidentemente que o concessionário pode mudar sua decisão sobre a construção da infraestrutura, mesmo que tenha já submetido projeto à aprovação do Poder Concedente.

Essa situação seria diferente, contudo, se o concessionário tivesse, por exemplo, apresentado ao Poder Concedente, como parte da sua proposta na licitação, estudos de engenharia elaborados pelo próprio concessionário (por exemplo, no âmbito de proposta técnica) e que tais estudos de engenharia tenham sido avaliados pelo Poder Concedente para obtenção da qualificação ou como parte do julgamento de proposta técnica.



Nesse caso, se o edital for omissivo em relação à vinculação do concessionário aos estudos de engenharia por ele apresentados na licitação, faz sentido a presunção de que o concessionário está vinculado ao estudo de engenharia apresentado na licitação, que foi a base para a sua qualificação e/ou obtenção de nota técnica que lhe permitiu ganhar a licitação. Evidentemente, que o edital e o contrato de concessão podem estabelecer regra específica disciplinando em que aspectos o concessionário se vincula aos estudos de engenharia apresentados ao longo da licitação. Mas, se o contrato for omissivo, faz sentido supor que ele está vinculado aos estudos que foram avaliados na licitação e, portanto, constituem a razão pela qual o concessionário foi selecionado.

No caso em que os estudos de engenharia não foram apresentados ao longo da licitação, e que o concessionário os apresenta como condição para assinatura do contrato, ou posteriormente à assinatura do contrato, para, de um lado, viabilizar a possibilidade de alteração de tais estudos e, doutro lado, evitar que a atividade de análise e o esforço de aprovação pelo Poder Concedente de estudos de engenharia sejam em vão, é preciso que o concessionário demonstre ter havido novas informações, novos dados que lhe tenham levado à alteração do projeto ou à desistência da construção da infraestrutura.

O novo dado pode ser inclusive a mera descoberta pelo concessionário de formas de operar a infraestrutura já existente (cuja operação esteja delegada ao concessionário), que impliquem em maior eficiência no aproveitamento de infraestrutura e leve à desnecessidade de realizar a construção de novas infraestruturas ou à necessidade de redimensionamento do projeto de construção.

Se, supondo ainda uma licitação na qual não foram apresentados estudos de engenharia pelos participantes, o contrato aloca o risco de construção da infraestrutura ao concessionário, as consequências da alocação desse risco devem ser respeitadas mesmo depois da apresentação dos estudos de engenharia da infraestrutura ao Poder Concedente ou à agência reguladora. Em outras palavras, a apresentação de estudos de engenharia, seja o anteprojeto, seja o projeto básico, seja o projeto executivo, pelo concessionário ao Poder Concedente e/ou a agência reguladora, não afasta a distribuição de riscos contratual, não causa a preclusão do direito do concessionário de se apropriar dos benefícios de soluções mais eficientes e não afasta a sua obrigação de arcar com os custos decorrentes do risco de construção e da decisão de expandir a infraestrutura existente ou de implantar nova infraestrutura.

Em resumo, considerando que se trata de uma licitação na qual não foram apresentados estudos de engenharia pelos participantes, se, com a progressão dos seus estudos, o concessionário perceber que há soluções melhores (tecnicamente, ou simplesmente mais econômicas) para atingir os indicadores de serviço que aquelas que ele já apresentou ao Poder Concedente como condição para assinatura do contrato ou posteriormente à assinatura, ele pode decidir adotar essas soluções, mesmo que o Poder Concedente ache melhor a solução anterior. Se não houver descumprimento esperado dos indicadores de serviço ou das normas técnicas aplicáveis, a transferência pelo contrato para o concessionário do risco de projeto e construção da infraestrutura para atingimento dos indicadores de serviço do contrato implica obrigação do Poder Concedente de tolerar soluções para atingir tais indicadores diferentes daquelas originalmente pensadas pelo Poder Concedente (no seu anteprojeto), e eventualmente também diferentes daquelas pensadas pelo próprio concessionário nos estudos de engenharia que tenha apresentado anteriormente ao Poder Concedente e/ou agência reguladora.

**5. E se o concessionário não expandir a infraestrutura existente e/ou não construir a nova infraestrutura, cabe reequilíbrio em favor do Poder Concedente por essa razão?**

A resposta a essa pergunta depende das regras sobre a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É importante, preliminarmente, notar que a resposta à pergunta acima é fundamentalmente diferente se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato for por plano de negócios, ou se for por fluxo de caixa marginal.

No caso dos contratos em que o equilíbrio econômico-financeiro é baseado em um plano de negócios, se o concessionário tiver notado a desnecessidade da expansão da infraestrutura ou da construção da nova infraestrutura antes da realização da proposta, o valor do investimento para a sua expansão ou construção não constará do seu plano de negócios. Nesse caso, não caberá reequilíbrio em favor do Poder Concedente, pois o valor do investimento para a expansão ou construção da infraestrutura não consta do plano de negócios que é, nesses casos, o parâmetro que define o contrato em estado de equilíbrio do ponto de vista econômico e financeiro. Isso significa na prática que, ao formular a sua proposta econômica na licitação, o concessionário já transferiu para o preço apresentado ao Poder Concedente pelo menos parte dos ganhos decorrentes da supressão da expansão ou construção da infraestrutura.

No caso, contudo, de contratos em que o equilíbrio econômico-financeiro for por plano de negócios e o plano de negócios preveja o investimento de expansão ou construção da nova infraestrutura, nos parece perfeitamente cabível o reequilíbrio do contrato em favor do Poder Concedente pela sua não realização. É que, ao suprimir esse investimento, a taxa interna de retorno de referência do projeto aumentará, gerando assim um crédito em favor do Poder Concedente que terá direito ao reequilíbrio do contrato para manter a taxa interna de retorno de referência do concessionário no patamar originalmente previsto no seu plano de negócios.<sup>7</sup>

Note-se que, nos contratos em que o equilíbrio econômico-financeiro é por plano de negócios, apesar de não estar explícito na grande maioria dos contratos, a forma como se faz o reequilíbrio implica em manter o risco de variação das necessidades de expansão das infraestruturas por aumento ou redução de demanda, ou de práticas operacionais com o Poder Concedente. Em outras palavras – apesar dos concessionários nesses contratos assumirem muitas vezes o risco de demanda e, praticamente em todos os contratos, o risco de variação dos custos de investimentos em obras – a antecipação ou o atraso de investimentos por consequência de aumentos de demanda antes do esperado ou por não ter se realizado a demanda esperada, é geralmente tratado como risco do Poder Concedente. É por isso que, nesses contratos, se a demanda subir excepcionalmente e o

---

<sup>7</sup> A situação é diferente se o concessionário realizar a expansão da infraestrutura existente ou a nova infraestrutura e conseguir baratear o custo de construção, pelo emprego, por exemplo, de novas metodologias construtivas. Nesse caso, supondo que o risco de variação de custo de construção é do concessionário, ele não terá que reequilibrar o contrato por ter expandido a infraestrutura ou realizado a implantação de nova infraestrutura por um preço mais barato que o previsto no seu plano de negócios. Da mesma forma, se ele gastar mais do que o esperado para expandir ou construir a infraestrutura, ele não tem direito a obter o reequilíbrio do contrato em seu favor por essa razão.

concessionário tiver que, por essa razão, antecipar investimentos, haverá uma perda de rentabilidade do projeto que dará ao concessionário direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, conforme premissas do plano de negócios. Isonomicamente, se os investimentos tiverem que ser adiados por consequência da demanda estimada não ter sido atingida, haverá um aumento de rentabilidade do projeto e o direito ao reequilíbrio em favor do Poder Concedente.

Como os contratos de concessão e PPP, cujo reequilíbrio é baseado em plano de negócios, geralmente não estabelecem regras claras sobre a separação entre a atribuição ao concessionário do risco de demanda e do risco de variação do custo de construção e a atribuição ao Poder Concedente do risco de antecipação e atraso de investimentos, seria importante perguntar qual o fundamento jurídico dessa prática que implica em atribuir ao Poder Concedente o risco de antecipação ou atraso da realização de investimentos cuja necessidade está vinculada à realização da demanda pelos serviços objeto da concessão ou PPP. O fundamento jurídico para que esse risco seja atribuído ao Poder Concedente é, de um lado, a visão de que o plano de investimentos previsto no plano de negócios consubstancia o contrato em estado de equilíbrio. Alterações, portanto, nesse plano configurariam, por esse raciocínio, alterações nas condições originárias do contrato e, por isso, gerariam direito de reequilíbrio para as partes. De outro lado, uma vez que o plano de investimentos que consta do plano de negócios é visto como aquilo que consubstancia o contrato em estado de equilíbrio, quaisquer ocorrências que afetem esse plano de investimentos, exigindo antecipação, atrasos, inclusões ou supressões de investimentos são consideradas eventos extraordinários e, por essa razão, tratados como riscos do Poder Concedente, nos termos do artigo 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/93.

Nos casos em que o contrato estabelece que todos os reequilíbrios são por fluxo de caixa marginal – como nos contratos de concessão de aeroportos e rodovias federais recentemente celebrados – não haverá reequilíbrio em favor do Poder Concedente se o concessionário resolver não expandir a infraestrutura existente ou não implantar a nova infraestrutura. É que nos contratos em que todos os reequilíbrios são por fluxo de caixa marginal inexistem um plano de negócios que sirva de referência para estabelecer as datas dos investimentos que são de responsabilidade do concessionário, e também para viabilizar as compensações em vista do deslocamento de tais investimentos no tempo. Nesses contratos, se o concessionário tiver que fazer investimentos antes do que esperava para atingir níveis de serviço já previstos no contrato, isso é risco seu e ele não terá como solicitar junto ao Poder Concedente compensações por essa razão. Isonomicamente, ele também não terá que compensar o Poder Concedente se adiar ou suprimir investimentos para expansão das infraestruturas existentes ou para a implantação de nova infraestrutura que perceba ser desnecessária para cumprir os indicadores de serviço já previstos no contrato.

## **6. Conclusão**

A principal razão para envolvimento de iniciativa privada na gestão de infraestruturas é possibilidade de aumento de eficiência na sua operação.

Esse aumento de eficiência na utilização de infraestruturas existentes pode, em alguns casos, resultar em dispensa ou adiamento da expansão ou construção de novas infraestruturas, que, na visão do Poder Concedente ou agência reguladora, eram

entendidas como indispensáveis para atingir os níveis de serviço contratualmente estipulados.

Quando isso acontece, se o contrato de concessão for baseado em obrigações de desempenho – isto é, se ele estabelecer os níveis de qualidade e quantidade de serviços a serem prestados e deixar ao concessionário a escolha dos meios para atingir os níveis de serviço estipulados, inclusive a decisão sobre a expansão ou construção de novas infraestruturas – o concessionário, quando decidir não expandir, ou não construir, ou adiar a construção de uma infraestrutura estará apenas exercendo o seu direito de escolha sobre a forma mais eficiente de prestar o serviço, conforme as regras do contrato.

O fato da capacidade de implantar a expansão da infraestrutura existente ou a construção da nova infraestrutura ter constado como exigência para habilitação dos participantes da licitação é irrelevante para a definição das obrigações do concessionário relativas à expansão da infraestrutura existente ou a implantação de nova infraestrutura. Isso porque, em primeiro lugar, tais exigências são estabelecidas considerando os estudos técnicos (demanda, engenharia etc.) e econômico-financeiros disponíveis ao Poder Concedente quando da estruturação do contrato e da licitação. E se o contrato e o edital delegam ao concessionário o detalhamento dos projetos e não o vinculam expressamente ao conteúdo dos estudos de engenharia disponibilizados pelo Poder Concedente ao longo da licitação, é esperado que o concessionário faça alterações no projeto que inclusive levem à desconsideração de exigências realizadas na licitação. Não se pode nesse cenário – senão por disposição expressa no edital – transformar as exigências de habilitação em condições de contorno do projeto a ser elaborado pelo concessionário sob pena de, por um lado, criar uma grande confusão sobre as condições que o concessionário deve respeitar na elaboração dos projetos de engenharia para expansão ou construção das infraestruturas sob concessão, e, por outro, criar uma série de ineficiências na sua atividade de definição do projeto e de programação dos seus investimentos.

O direito do concessionário de não realizar a expansão da infraestrutura existente e/ou de não implantar nova infraestrutura não é afetado e não preclui pelo fato do concessionário ter já protocolado junto ao Poder Concedente para análise estudos de engenharia no qual preveja a expansão da infraestrutura ou a implantação da nova infraestrutura. A eventual decisão do Poder Concedente a respeito desses estudos, aprovando-os ou não, também não faz precluir o direito do concessionário de encontrar formas mais econômicas de prestar o serviço do que as que havia imaginado. Como em contratos focados em obrigações de desempenho os riscos associados à decisão de investir na expansão da capacidade das infraestruturas e o risco relativo ao momento em que decide investir na expansão da infraestrutura é do concessionário, essa atribuição de risco não é alterada pelo fato do concessionário ter submetido à análise do Poder Concedente estudos de engenharia prevendo a implantação ou expansão de uma infraestrutura. Mesmo que o Poder Concedente já tenha aprovado o estudo de engenharia da expansão ou da nova infraestrutura, o concessionário pode decidir não as implantar se achar solução operacional que torne possível economizar na implantação ou expansão da infraestrutura preservando o cumprimento dos índices de qualidade e quantidade de serviço previstos no contrato.

Por fim, o direito ao reequilíbrio pela supressão do investimento, depende do que está previsto no contrato. Se o contrato estabelecer que, para reequilíbrio, deve-se considerar o plano de negócios (apresentado pelo concessionário ao longo da licitação ou como

condição para a assinatura do contrato) como parâmetro do contrato em estado de equilíbrio e supondo que o investimento na expansão da infraestrutura existente ou na construção da nova infraestrutura está previsto no plano de negócios, a supressão do investimento gerará um desequilíbrio em favor do Poder Concedente. É que ao suprimir o investimento, a taxa interna de retorno de referência do concessionário prevista no plano de negócios aumentará criando o direito do Poder Concedente de reequilibrar o contrato em seu favor até trazer a taxa interna de retorno de referência do plano de negócios para o seu valor originário. Se, em contrato desse tipo, o investimento não estiver previsto no plano de negócios, então, não há direito de reequilíbrio em favor do Poder Concedente pela não realização da expansão ou da nova infraestrutura. Se, no entanto, as regras contratuais estabelecerem que o reequilíbrio será, em qualquer caso, por fluxo de caixa marginal, não havendo plano de negócios de referência, como no caso dos contratos de concessão federais de aeroportos e rodovias recentemente celebrados, então a supressão do investimento não gera direito de reequilíbrio em favor do Poder Concedente, pois nesses contratos o concessionário assume o risco da antecipação, adiamento, realização ou supressão de investimentos, desde que sejam cumpridos os indicadores de qualidade e quantidade de serviço do contrato.