

**CONCESSÕES DE AEROPORTOS E DE RODOVIAS FEDERAIS: O
ERRO DE ATRIBUIR AO CONCESSIONÁRIO RISCOS
CONTROLADOS PELO PODER CONCEDENTE E AS SUAS
CONSEQUÊNCIAS¹**

**Mauricio Portugal Ribeiro²
Gabriela Engler Pinto³**

Resumo: essa nota analisa 3 situações em que o Poder Concedente atribuiu ao concessionário o risco de eventos que são controlados direta ou indiretamente pelo Poder Concedente e/ou pela agência reguladora, que são as seguintes:

- (a) o risco de impacto sobre a demanda da concessionária de criação de novos aeroportos, nos contratos de concessão de aeroportos;
- (b) o risco de variação do preço de asfalto, nos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária;
- (c) o risco de variação das condições de financiamento, em todos os contratos de concessão de infraestrutura, cuja viabilidade dos preços ofertados na licitação depende do cumprimento

¹ Os autores gostariam de agradecer a Carla Castro Malhano e Francisco Figueira por ter nos ajudado, a primeira, com a elaboração de notas de rodapé e inserção e checagem de referências e, o segundo, com a pesquisa sobre o terceiro aeroporto de São Paulo. Eventuais erros e omissões são responsabilidade exclusiva dos autores.

² Mauricio Portugal Ribeiro é advogado especializado na estruturação, licitação e regulação de contratos de Concessões e PPPs nos setores de infraestrutura, sócio de Portugal Ribeiro Advogados (mauricio@portugalribeiro.com.br), e autor, entre outros, do livro “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).

³ Gabriela Engler Pinto é advogada de Portugal Ribeiro Advogados (gabriela@portugalribeiro.com.br) e LL.M pela Columbia Law School (James Kent Scholar).

de condições de financiamento especiais, disponibilizadas pelos bancos públicos (particularmente, BNDES, Caixa e Banco do Brasil) antes das licitações.

A nota conclui que a atribuição a concessionários de riscos controlados direta ou indiretamente pelo Poder Concedente, dá margem à ocorrência de situações que fragilizam o contrato, pondo em risco inclusive, o cumprimento de obrigações importantes do concessionário.

SUMÁRIO

1. Introdução	4
2. Como deveriam ser distribuídos riscos em contratos de concessão e PPP e o que aconteceu nos casos a serem analisados	6
3. A distribuição de riscos sobre a criação de novos aeroportos nos contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Galeão	8
3.1. Os contratos atribuem claramente o risco de variação de demanda por implantação de novo aeroporto ao concessionário	8
3.2. O risco de criação de novo aeroporto é controlado pela ANAC	9
3.3. A relevância da demanda efetiva e das estimativas de demanda nas concessões aeroportuárias	10
3.4. O anúncio do terceiro aeroporto de São Paulo	11
3.5. Fundamentos para o litígio e as consequências práticas do litígio para os usuários e para o Poder Concedente	12
3.6. Como normalmente se disciplina o risco de novas infraestruturas em contratos de concessão?	13
4. A alocação a concessionários de infraestrutura rodoviária de riscos sobre o preço de insumos controlados pela Petrobrás	15
4.1. As cláusulas contratuais que alocam os riscos relativos aos custos das obras aos concessionários	15
4.2. O impacto de eventual variação do custo do asfalto	15
4.3. A Petrobrás controla no mercado interno o custo do principal insumo do asfalto	16
4.4. O aumento do custo do asfalto por decisão da Petrobrás impactaria mais diretamente os novos concessionários	16
4.5. Enquadramento jurídico da variação do custo do asfalto que impacte de forma relevante e negativamente a rentabilidade do concessionário	17
5. A variação do custo de financiamento em relação às condições disponibilizadas pelos bancos públicos para o projeto antes da licitação	18

MINUTA PRELIMINAR PARA DISCUSSÃO DE 04/02/2014 E PUBLICADA EM 10/02/2014

- 5.1. As cláusulas dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária que atribuem o risco de variação das condições de financiamento ao concessionário..... 19
- 5.2. Comparando as condições de financiamento disponibilizadas para o PIL e as condições ordinárias de financiamento de infraestrutura rodoviária pelo BNDES 20
- 5.3. O que aconteceria se o Governo Federal resolvesse, por qualquer motivo, não disponibilizar condições de financiamento subsidiadas conforme prometido? 23
- 6. Solução negociada nos casos em que o Poder Concedente decida materializar eventos gravosos
24
- 7. Lição a ser aprendida: seguir as melhores práticas na distribuição de riscos reduz as chances de contencioso e de descumprimento de contratos 24

1. Introdução

Contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária e rodoviária recentemente celebrados pela União alocaram a concessionários o risco de ocorrência de eventos que estão sob controle direto ou indireto do Poder Concedente e/ou da agência reguladora.

Por exemplo, a variação da demanda pela implantação de novos aeroportos é risco que foi atribuído aos concessionários pelos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária recentemente licitados.

Dias após o leilão da concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins e meses após a assinatura do contrato de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos, a Presidente da República anunciou a intenção do Governo Federal de implantar o terceiro aeroporto de São Paulo.

Tal decisão do Governo Federal configura materialização de evento gravoso relativo a risco que o contrato de concessão aloca ao concessionário.

Essa decisão, se levada a cabo, impactará substancialmente a rentabilidade dos contratos de concessão pelo menos dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e do Galeão, o que pode até mesmo inviabilizá-los, de um ponto de vista econômico-financeiro, considerando, particularmente, as obrigações de pagamento de outorga assumidas nos leilões.⁴

Evidentemente que concessionários de aeroportos ou de outras infraestruturas não se deixarão espoliar sem mais.⁵ Exigirão compensações e, no limite, usarão o Poder Judiciário para obstar quaisquer condutas oportunistas do Governo tendentes a impactar a rentabilidade de seus investimentos nas concessões.

O mesmo erro de alocar riscos controlados pelo Poder Concedente e/ou agência reguladora ao concessionário ocorreu em outros casos que também analisaremos nesse artigo: a atribuição aos concessionários de rodovias federais da variação dos custos do asfalto, que é controlado direta ou indiretamente pela União, por meio da Petrobras; e a atribuição a concessionários, em

⁴ Valor de outorga de R\$ 16,21 bilhões em Guarulhos, com ágio de 373,51%; R\$ 3,82 bilhões em Viracopos, com ágio de 159,75%; e R\$ 19,018 bilhões no Galeão, com ágio de 293%.

⁵ O Presidente da Concessionária do Aeroporto de Viracopos disse em entrevista ao G1, publicada no dia 10/01/2014: “Fizemos um plano de investimentos e agora lançar um terceiro aeroporto no meio dos dois obviamente é querer gerar confusão”.

A notícia menciona que, de acordo com o empresário, há a intenção de discutir o assunto com o governo federal, mas que ele não especificou uma data.

Cf.: Presidente de Viracopos diz que novo aeroporto seria injusta à concessão. Disponível na internet: <<http://m.g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2014/01/presidente-de-viracopos-diz-que-novo-aeroporto-seria-injustica-concessao.html>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2014.

projetos em que o Poder Concedente é a União, dos riscos relativos à variação do custo e das condições de financiamento disponibilizadas pelos bancos públicos federais, particularmente BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, que, como cediço, são controlados pelo Governo Federal.

O presente artigo se destina a mostrar a contrariedade ao interesse público das situações criadas pela infeliz alocação ao concessionário de riscos controlados direta ou indiretamente pelo Poder Concedente e/ou pela agência reguladora como ocorreu nos exemplos citados acima.

A situação criada pela imperícia governamental na alocação de riscos abre espaço para contencioso cujo resultado pode ser inclusive o legítimo não cumprimento pelos concessionários de obrigações importantes dos contratos de concessão, o que poderá penalizar diretamente os usuários do serviço.

Como se verá a seguir, não faltarão fundamentos jurídicos para o concessionário afastar o cumprimento de obrigações contratuais, por consequência de decisão do Poder Concedente e/ou agência reguladora francamente espoliativa dos concessionários, após ter-lhes atribuído o risco das consequências de tais decisões.

Por outro lado, como, em contratos relacionais como são os de concessão, o contencioso é sempre pernicioso para todas as partes, inclusive para a agência reguladora, há enorme espectro de soluções negociais mais eficientes para as partes que o contencioso, e que, lamentavelmente, não estão adstritas necessariamente aos cânones republicanos, ou ao âmbito de cada contrato de concessão.

Esse artigo terá atingido seu objetivo se servir de alerta aos agentes públicos (técnicos ou políticos) sobre as consequências sempre nefastas do erro e da imperícia na alocação de riscos em contratos de longo prazo, como os de concessão e PPP. Em suma, a situação criada pelas alocações infelizes de risco fragilizam os contratos, abrem espaço para contencioso, e, ao final, terminam por prejudicar sobretudo o usuário.

Para isso, nas linhas a seguir, primeiro vamos explicar (mais uma vez!⁶) as regras elementares de distribuição de riscos em contratos de concessão e PPP, evidenciando, assim, como as cláusulas que pretendemos analisar fogem das melhores práticas de distribuição de riscos e como os participantes da licitação trataram, em regra, essas cláusulas ao longo dos processos licitatórios.

⁶ Já tratamos desse tema pelo menos nos seguintes trabalhos: (Ribeiro, Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos, 2011); (Ribeiro, O risco de variação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido pode ser alocado ao poder concedente em contratos de concessão e PPP?, 2012) e (Ribeiro, Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política e os Princípios do Equador, 2012).

Depois, vamos reproduzir, como exemplo, as cláusulas que atribuem aos concessionários de infraestrutura aeroportuária e rodoviária riscos cuja ocorrência de eventos gravosos são controlados pelo Poder Concedente e/ou pelas agências reguladoras.

A seguir, vamos evidenciar como o Poder Concedente ou agência reguladora controla direta ou indiretamente, nos casos a serem analisados, a ocorrência do evento gravoso que é risco atribuído ao concessionário e fazer exposição sumária, em cada um dos exemplos citados, sobre eventuais fundamentos jurídicos para os concessionários evitarem as consequências gravosas de eventual decisão espoliativa adotada pelo Poder Concedente e pela agência reguladora.

Por fim, vamos tecer considerações sobre os efeitos da decisão do Poder Concedente ou agência reguladora de materializar o evento gravoso, a possibilidade de ocorrência de contencioso, fragilização do contrato de concessão, e, por fim a tendência à ocorrência de solução negociada.

2. Como deveriam ser distribuídos riscos em contratos de concessão e PPP e o que aconteceu nos casos a serem analisados

Uma das regras mais elementares sobre a distribuição de riscos em contratos de concessão e PPP é que não se deve transferir para um concessionário riscos sobre os quais ele não tem qualquer controle e, muito menos, riscos que são controlados pela outra parte do contrato.

Isso porque, se o concessionário não tem controle nenhum sobre um risco que lhe é alocado pelo contrato, provavelmente, por ocasião da sua participação na licitação, ele vai provisionar, na sua proposta, um valor para lidar com o risco não controlável que lhe foi transferido.

Se o evento gravoso relativo a esse risco se materializa, o concessionário usará o valor provisionado para lidar com ele.

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.

Observe-se que o cenário em que a alocação do risco não controlável é feita ao Poder Concedente é muito mais vantajosa 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 e se o evento gravoso se materializar.

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

Nos casos analisados nesse artigo, alocou-se aos concessionários riscos não apenas não controlados pelos concessionários, mas claramente controlados direta ou indiretamente pelo Poder Concedente e/ou pela agência reguladora, subvertendo completamente a lógica da alocação de riscos eficiente em um contrato de longo prazo.

Em pelo menos um dos exemplos a seguir discutidos, os participantes da licitação da concessão perceberam a imperícia na atribuição ao concessionário de riscos controlados pelo Poder Concedente e/ou pela agência reguladora e questionaram isso ao longo do processo de consulta pública da licitação. Nesse caso, sem cerimônia, a agência reguladora responsável pela licitação confirmou a atribuição ao concessionário do risco controlado pelo Poder Concedente e pela agência reguladora.⁷

Ao longo do processo de elaboração da proposta em ambos exemplos a seguir citados, cada participante da licitação enfrentou um dilema difícil. Se eles considerassem que o Poder Concedente e/ou a agência reguladora estavam de má-fé, e que iriam decidir pela materialização do evento gravoso pouco tempo após o leilão (v.g. criação de terceiro aeroporto de São Paulo), a sua proposta seria elaborada já considerando o impacto desse evento gravoso no contrato de concessão sob licitação. O participante da licitação que adotasse essa premissa teria pouquíssimas chances de se sagrar vencedor da licitação.

A outra possibilidade seria supor a boa-fé do Poder Concedente e da agência reguladora, não considerar na sua proposta o impacto de novos aeroportos e, assim, ter uma proposta mais competitiva. Essa opção trazia, como último recurso, a confiança de que se a má-fé do Poder Concedente e da agência reguladora se manifestasse, então, buscar-se-ia a tutela judicial para

⁷ A exemplo do questionamento nº 407 do Ato de Esclarecimentos referente ao Leilão 01/2013 (Galeão e Cofins): "Tendo em vista que a autorização para implantação de uma nova infraestrutura aeroportuária depende de prévia avaliação e autorização do Poder Público Federal, notadamente do Poder Concedente, portanto, sendo elemento absolutamente fora da atuação ou influência da Concessionária, mas que poderá impactar fortemente sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao atingir diretamente a demanda que referencia a remuneração da Concessionária, tem se certo que este risco deve ser assumido integralmente pelo Poder Concedente. Confirma este entendimento?", que foi respondido pela comissão da seguinte maneira: " O entendimento não está correto. A cláusula 5.4.3 do Contrato determina expressamente que é risco da Concessionária: 'a não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3'." (Disponível na internet: <http://www2.anac.gov.br/concessoes/arquivos/Ata_de_esclarecimentos.pdf>. Acesso em: 18 de janeiro de 2014, p.125 e 126.

se exigir o cumprimento do princípio da boa-fé objetiva, ou como preferem dizer os publicistas, o princípio da proteção à confiança.⁸

Essa escolha dos participantes da licitação, apesar de juridicamente arriscada, trouxe à licitação propostas evidentemente melhores para os usuários e para o Poder Concedente.

3. A distribuição de riscos sobre a criação de novos aeroportos nos contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Galeão

3.1. Os contratos atribuem claramente o risco de variação de demanda por implantação de novo aeroporto ao concessionário

Os contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos e de Viracopos estabelecem o seguinte:

5.3. Observado o disposto no item 5.2, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

(...)

5.3.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.1.3;

(grifei)

Por sua vez o item 5.1.3 do contrato estabelece que:

5.1. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

(...)

5.1.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;

⁸ “É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a **segurança jurídica e a proteção à confiança** se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.” SILVA, Almiro do Couto. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2014. p. 6.

Nos contratos de concessão dos aeroportos do Galeão e Confins, há cláusulas com exatamente o mesmo teor das citadas, todavia, com numeração diferente: estão no item 5.4.3 e no item 5.2.3.

Portanto, os contratos de concessão atribuem aos concessionários o risco de impacto sobre a demanda da criação de novos aeroportos dentro ou fora da área de influência do respectivo aeroporto.

3.2. O risco de criação de novo aeroporto é controlado pela ANAC

Não é difícil demonstrar que a construção e entrada em operação de novos aeroportos depende de decisão da Administração Direta ou Indireta da União, controlada pelo Governo Federal.

A Lei nº 11.182/05 que criou a ANAC - Agência Nacional da Aviação Civil atribuiu-lhe competência para aprovar e fiscalizar a construção e reforma de aeroportos.

Art. 8º. Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

(...)

XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

XXV – estabelecer o regime tarifário da exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

XXVI – homologar, registrar e cadastrar os aeródromos;

(...)

XXVIII - fiscalizar a observância dos requisitos técnicos na construção, reforma e ampliação de aeródromos e aprovar sua abertura ao tráfego; (Redação dada pela Lei nº 12.462, de 2011)

XXIX – expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão de informações entre aeródromos;

(grifamos)

Aeródromos, conforme artigo 27, da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, é toda área destinada a pouso, decolagem e movimentação de aeronaves. Os aeroportos são espécie do gênero aeródromo. Caracterizam-se como aeroportos, conforme o artigo 31, inciso I, da mesma lei, os aeródromos públicos, dotados de instalações e facilidades para apoio de operações de aeronaves e de embarque e desembarque de pessoas e cargas.

Conforme artigo 8º, inciso XXVI, da Lei nº 11.182/05, citado acima, foi atribuída à ANAC a competência para homologar, registrar e cadastrar aeródromos.

Com base nessa competência, a ANAC emitiu a Resolução 158/10, que regulamentou a emissão de autorização prévia para a construção de aeroportos⁹ e seu cadastramento.

Portanto, é competência da ANAC a emissão da autorização para construção e abertura ao tráfego de novos aeroportos.

A ANAC, o mesmo ente que formalmente modelou os contratos de concessão e que tomou a decisão de atribuir nesses contratos ao concessionário o risco de variação da demanda, tomará formalmente a decisão de implantar novos aeroportos dentro ou fora da área de influência dos aeroportos já concedidos.

3.3. A relevância da demanda efetiva e das estimativas de demanda nas concessões aeroportuárias

Nos contratos de concessão de aeroportos, os custos estimados dos investimentos e a demanda estimada¹⁰ foram as variáveis mais importantes para que os potenciais participantes da licitação definissem o valor a ser oferecido na licitação em pagamento da outorga da concessão.

Como o valor da tarifa é fixada, o número de passageiros a utilizar o aeroporto é extremamente importante porque ele define o montante de receitas tarifárias da futura concessionária e, indiretamente, o montante de receitas não tarifárias (decorrentes sobretudo da exploração dos espaços comerciais nos terminais dos aeroportos). Portanto, a demanda pelo aeroporto é central para definição das receitas da concessionária.

As outras variáveis fundamentais para o cálculo de quanto uma concessionária pode pagar ao Poder Concedente pela outorga da concessão são os custos dos investimentos e os custos operacionais.

Com essas variáveis, e, considerando o valor mínimo do pagamento pela outorga, o participante da licitação verifica qual a remuneração potencial a ser obtida na exploração do aeroporto. Com esse dado, ele decide qual o montante que ele pode ofertar sob a forma de pagamento adicional

⁹ Resolução ANAC nº 158/10, “Art. 2º A construção de áreas destinadas a pouso e decolagem e movimentação de aeronaves e a modificação de suas características dependem de **autorização prévia da ANAC**, exigida como etapa preparatória a seu cadastramento como aeródromo e à respectiva atualização. (...)”

§ 2º A autorização de que trata o *caput* deste artigo compreende a construção inicial, bem como toda e qualquer modificação de características físicas de aeródromo existente.”

¹⁰ Conforme informações disponibilizadas no *site* da ANAC quando da divulgação da minuta do edital de concessão, “O Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim (Galeão) recebe anualmente 17,5 milhões de passageiros e é o segundo mais movimentado do país. A projeção de demanda para o Galeão é de 60 milhões de passageiros/ano em 2038 (fim da concessão). O Aeroporto Internacional Tancredo Neves (Confins), com 10,4 milhões de passageiros por ano, é o quinto mais movimentado do país. A demanda prevista para o Aeroporto de Confins até 2043 (fim da concessão) é de movimentar 43 milhões de passageiros/ano.” (ANAC divulga minuta de edital de concessão de GIG e CNF. Disponível na internet: <http://www.anac.gov.br/Noticia.aspx?ttCD_CHAVE=1007>. Acesso em: 19 de janeiro de 2014).

ao mínimo pela outorga, e qual o montante ele pretende reter para si, a título de remuneração pelo seu investimento e pelos riscos que correrá.

Note-se que, apesar de, em regra, nos contratos recentes de concessão, as obrigações do concessionário serem definidas como obrigações de desempenho, vinculadas à manutenção de índices de qualidade do serviço, há nesses contratos também diversas obrigações de investimento, isto é obrigações de realização de obras e aquisição e implantação de equipamentos desvinculadas cujo cumprimento é exigível pelo Poder Concedente independentemente do seu impacto nos níveis de serviço estipulados no contrato. Por exemplo, a exigência constante do item 8.5.1, do Anexo 2 do Contrato de Concessão, de construção de novas instalações de embarque e desembarque de passageiros, fisicamente conectadas ao Terminal de Passageiros, com pelo menos 26 (vinte e seis) pontes de embarque adicionais e respectivas posições de pátio com área equivalente à adequada para atender aeronaves Código C.¹¹

Observe-se, ademais, que os participantes da licitação dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Galeão contaram certamente com a eventual concorrência entre esses três aeroportos e também com os eventuais tetos de expansão de capacidade que existam nesses aeroportos. Se a demanda por um aeroporto aumenta, mas por imposições da área em que está localizado, não há possibilidade de expansão, essa demanda tende a ser atendida por outro aeroporto da região.

3.4. O anúncio do terceiro aeroporto de São Paulo

E eis que em 18 de dezembro de 2013 a Presidente da República anunciou publicamente¹² a intenção do Governo de implantar o terceiro aeroporto a servir a Cidade de São Paulo, a se situar no Município de Caieiras.¹³

Isso apenas alguns dias após o leilão de concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins e alguns meses após a assinatura dos contratos de concessão dos Aeroportos de Guarulhos e de Viracopos.

¹¹ Item 8.5.1 do Anexo 2 - Plano de Exploração Aeroportuária do Contrato de Concessão do Aeroporto do Galeão.

¹² “Mesmo antes da entrada em vigor de um texto jurídico normativo, pronunciamentos oficiais podem antecipar o modo como uma norma será empregada pelo Estado. Se essas declarações já foram capazes de frustrar uma expectativa, o princípio da proteção da confiança está autorizado a atuar.” (ARAÚJO, Valter Shuenquener. O princípio da proteção da confiança, Editora Impetus, p. 84)

¹³ Cf., entre outras, as seguintes notícias publicadas na internet: <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-brasil,dilma-diz-que-sao-paulo-tera-terceiro-aeroporto,173357,0.htm>; <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/12/dilma-anuncia-terceiro-aeroporto-na-regiao-metropolitana-de-sao-paulo.html>; <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/dilma-aprova-a-construcao-do-nasp-o-3-aeroporto-de-sp>; <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/governo-vai-autorizar-funcionamento-de-mais-um-aeroporto-em-sp-diz-dilma,922ef13472103410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>; <http://noticias.band.uol.com.br/brasil/noticia/100000652483/prefeito-de-caieiras-e-a-favor-da-construcao-de-aeroporto.html>.

A Presidente não deixou claro quando seria a implantação desse terceiro aeroporto. Apenas esclareceu que está trabalhando para isso e que em pouco tempo o Governo anunciaria quando será a implantação desse novo aeroporto.

3.5. Fundamentos para o litígio e as consequências práticas do litígio para os usuários e para o Poder Concedente

Com o anúncio do terceiro aeroporto de São Paulo, desenha-se um cenário, no mínimo, preocupante para execução pelo menos dos contratos de concessão infraestrutura aeroportuária de Guarulhos, Galeão e Viracopos, que são provavelmente os aeroportos concedidos que terão a demanda pelos seus serviços mais impactada pela implantação do novo aeroporto.

Ao anunciar a implantação do terceiro aeroporto de São Paulo apenas semanas após o leilão do Galeão e poucos meses após a assinatura dos contratos de Guarulhos e Viracopos – se o anúncio realizado pela Presidente for consequente e se traduzir na efetiva implantação do aeroporto – a conduta do Poder Concedente (União) e da ANAC, na nossa opinião, pode, facilmente, ser enquadrada como descumprimento do princípio da proteção à confiança¹⁴ ou da boa-fé objetiva,¹⁵ que, também, na nossa opinião é perfeitamente aplicável aos contratos administrativos.¹⁶

Nesse contexto, não nos parece difícil obter-se no Judiciário a suspensão pelo concessionário do cumprimento de obrigações contratuais que impliquem em desembolso de recursos relevantes (investimentos e pagamento pela outorga) que levam em consideração uma projeção de demanda a ser frustrada pela implantação do novo aeroporto.

¹⁴ Já há decisões do STF baseadas no Princípio da Proteção da Confiança, como, entre outros, o julgado cuja ementa é a seguinte: “Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. (RTJ 119/1170, Relator: Gilmar Mendes)

¹⁵ “(...) da boa-fé nascem, mesmo na ausência de regra legal ou previsão contratual específica, os deveres, anexos, laterais ou instrumentais de consideração com o alter, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais, enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato, situam-se, todavia, também nas fases pré e pós contratual (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 18 de janeiro 2014).

¹⁶ Destacamos os seguintes trechos que dão a ver que tanto o STF quanto o STJ já deram guarida ao Princípio da Proteção da Confiança e da Boa-Fé Objetiva na sua jurisprudência: “Na realidade, os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público” (STF, AC 3172 MC-AGR / DF, Relator: Celso de Mello, julgamento realizado em 19/02/2013). “Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público.” (STF, MS nº 24.268 – MG, Relator para o acórdão: Gilmar Mendes, julgamento realizado em 05/02/2004. DJU: 17/09/2004). Em consonância com o entendimento exarado pelo STJ, segundo o qual “Os contratos administrativos não estão imunes aos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico.” (STJ, RMS 1694/RS, Relator: Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 25/04/1994, p. 9196).

Cultores tradicionais do Direito Administrativo considerariam fato da administração o evento de criação de novo aeroporto na área de influência dos aeroportos concedidos e alegariam que, por se tratar de evento extraordinário,¹⁷ isso daria direito ao concessionário de obter a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, à luz do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93.

Esse tipo de argumento ainda encontra eco no nosso Poder Judiciário, apesar do contrato ser explícito em atribuir o risco ao concessionário.¹⁸ E não nos surpreenderia que por aí os concessionários conseguissem judicialmente a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, eventualmente, a suspensão do cumprimento de obrigações contratuais mais onerosas, enquanto o contrato não for reequilibrado.

Note-se que há outros tantos argumentos que poderiam ser usados pelos concessionários para minorarem as consequências gravosas da perda de demanda, por meio da suspensão de obrigações previstas no contrato. Por exemplo, a depender do impacto do terceiro aeroporto de São Paulo sobre o cumprimento dos contratos de concessão não seria descabido alegar onerosidade excessiva no cumprimento do contrato, e, assim, solicitar a suspensão judicial do cumprimento de obrigações de investimento.

Enfim, a alocação ao concessionário de riscos que são controlados pelo Poder Concedente e pela agência reguladora e ato contínuo a eventual decisão do Poder Concedente de materializar o evento gravoso relativo a esses riscos, impactando substancial e negativamente as condições econômico-financeiras dos contratos de concessão de aeroportos que foram assinados ainda há pouco, pode dar cabida a contencioso que certamente porá em risco o cumprimento dos próprios contratos, com possíveis impactos negativos sobre os usuários do serviço dos aeroportos concedidos.

3.6. Como normalmente se disciplina o risco de novas infraestruturas em contratos de concessão?

A forma tradicional de disciplinar o risco de novas infraestruturas é a seguinte: atribui-se a concessionários o risco das infraestruturas já previstas nos instrumentos governamentais de planejamento e ao Poder Concedente o risco de decidir implantar novas infraestruturas, diversas das já previstas nos instrumentos estatais de planejamento.

¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim define álea econômica extraordinária: “(...) a álea econômica consiste em circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 21ª ed., Atlas, 2008, p. 262)

¹⁸ No nosso entendimento, esse argumento não é cabível porque o próprio texto do art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/93, condiciona a sua incidência à ocorrência de álea *extracontratual*. Como, no caso em tela, o contrato atribuiu expressamente ao concessionário o risco de impacto sobre a demanda decorrente da criação de terceiro aeroporto, o nosso entendimento é que, nesse caso, essa é uma questão contratual (e não extracontratual), o que afastaria a incidência do artigo citado da Lei 8.666/93.

Mesmo a forma tradicional de alocação desse risco tem defeitos e dificuldades relevantes.

O principal instrumento estatal de planejamento de investimentos é o PPA – Plano Plurianual. Sabe-se, contudo, que o fato de um projeto estar previsto no PPA não significa que ele será realizado em breve, sequer significa que ele será em algum momento realizado.

A forma tradicional de alocação do risco de implantação de novas infraestruturas concorrentes implica em supor que os participantes da licitação estimarão – com base na sua experiência com Governos e no seu conhecimento das dificuldades de implantação de cada um dos projetos previstos no PPA – se esses projetos serão, de fato, implantados e quando eles serão implantados. A atividade de realização dessas estimativas é praticamente uma aposta. Não há um cálculo racional dependente da competência de cada concessionário.

Daí que a nossa opinião é que, mesmo a forma tradicional de alocação de riscos mencionada acima, não é adequada, pois ela transfere para o concessionário riscos que ele não tem como controlar, o que contraria os princípios para a distribuição eficiente de riscos em contratos de concessão, conforme explicamos no item 2 acima.

Isso é prova que temos que progredir das formas mais tradicionais de alocação desse risco, em direção à atribuição ao Poder Concedente nos contratos de concessão do risco de surgimento de novas infraestruturas concorrentes.

Nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária recentemente licitados, contudo, lamentavelmente, evoluímos para o sentido errado.

Em relação ao novo aeroporto de São Paulo, nem o PPA – Plano Plurianual, de 2012, da União, nem o do Estado de São Paulo preveem especificamente a criação de aeroportos. O da União apenas menciona como meta a expansão da oferta de transporte aéreo regular¹⁹ e o do Estado de São Paulo fala em “modernização da infraestrutura aeroportuária” que consiste em “executar obras e serviços de melhorias e segurança nos aeroportos do estado em parcerias com os governos federal (programa federal de auxílios a aeroportos – PROFAA), e municipal (convênios).”²⁰

¹⁹ “Vale destacar ainda, o papel dos aeroportos de São Paulo - Congonhas e Guarulhos - como principais pontos de origem e destino das rotas de maior densidade de tráfego, bem como o de Brasília para a distribuição de voos entre as Regiões Norte/Nordeste e Sul/Sudeste. Por isso, um dos principais eixos do Programa é a expansão da oferta de transporte aéreo regular (incorporação de novos aeroportos e novas rotas) – ampliar para 150 o número de aeroportos atendidos por transporte aéreo regular de passageiros e cargas (...)” (Plano Plurianual 2012, Políticas de infraestrutura, p. 199 e 200. Disponível na internet: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spi/PPA/2012/mp_005_dimensao_tatico_infra.pdf>. Acesso em 14 de janeiro de 2014)

²⁰ Plano Plurianual 2012 de São Paulo, Vol. II. Programa 1607, Modernização da infraestrutura aeroportuária, p.78. Disponível na internet: <http://www.ppa.sp.gov.br/arquivos/legislacao/PPA_2012_2015_vol_II.pdf>

4. A alocação a concessionários de infraestrutura rodoviária de riscos sobre o preço de insumos controlados pela Petrobrás

4.1. As cláusulas contratuais que alocam os riscos relativos aos custos das obras aos concessionários

Os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária da 3ª Etapa, Fase III, do Governo Federal (também chamados de “contratos de concessão de rodovias do PIL – Programa de Investimento em Logística”), alocam aos concessionários de forma genérica o risco de variação de custos das obras, nos seguintes termos:

21.1. Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

21.1.6. custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 21.2 abaixo;

21.1.7 custos para execução dos serviços previstos nas Frentes de Recuperação e Manutenção, Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço, Conservação e Serviços Operacionais de todas as Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias da Frente de Ampliação e Manutenção do Nível de Serviço;

A cláusula 21.2 citada no dispositivo acima é a que estabelece explicitamente os riscos alocados ao Poder Concedente.

Na cláusula transcrita acima, o risco de variação do custo da obra é alocado genericamente ao concessionário. Não há especificação sobre o risco de variação do custo dos insumos das obras.

4.2. O impacto de eventual variação do custo do asfalto

Todo concessionário de rodovias contrata com construtoras a realização de obras de engenharia de implantação de rodovias novas (*greenfield*) ou de restauração das faixas de rodovias existentes ou expansão de sua capacidade (*brownfield*). Por isso, ao tratarmos do custo do asfalto há uma diferença relevante entre o impacto do custo do asfalto para o construtor e para o concessionário.

Estima-se que o preço do asfalto é responsável por em média 40 a 50% do custo direto das obras para o construtor no caso da implantação de rodovias novas e em torno de 70% do custo das obras para o construtor no caso de reabilitação de rodovias existentes.²¹

²¹ Dados obtidos por estimativa em entrevista com técnicos de construtoras.

Para o concessionário da rodovia, 10% do preço do EPC (sigla em inglês, representativa do contrato de empreitada integral por preço global contratado pelo concessionário para a implantação das obras da concessão) está relacionado ao custo de ligantes betuminosos, e de 10 a 15% do preço do EPC a outros insumos para a pavimentação asfáltica. Portanto, em torno de 20 a 25% do custo total da obra e serviços de engenharia para o concessionário está relacionado ao preço do asfalto.

Isso significa que, em uma concessão de rodovia, variações relevantes no custo do asfalto que não possam ser repassados para os usuários ou para o Poder Concedente, podem significar a diferença entre uma concessão lucrativa e a quebra do concessionário.

4.3. A Petrobrás controla no mercado interno o custo do principal insumo do asfalto

O preço do asfalto está diretamente relacionado ao preço do petróleo, pois em torno de 90% do custo de produção do asfalto²² é, direta ou indiretamente, a aquisição e processamento do petróleo.²³

Já há vários anos a Petrobras vem mantendo o preço do asfalto artificialmente baixo apesar da subida nos últimos anos no preço dos seus insumos, particularmente o petróleo, no mercado internacional.

Há no Brasil atualmente para o mercado de concessões de rodovias dois fornecedores principais de asfalto: a Petrobras e a Greca Asfaltos. A Greca, por sua vez, compra da Petrobrás os insumos derivados do petróleo para a confecção da mistura asfáltica. O aumento dos preços dos insumos do asfalto pela Petrobras, levaria necessariamente a Greca a, em pouco tempo, ajustar também os seus preços.

4.4. O aumento do custo do asfalto por decisão da Petrobrás impactaria mais diretamente os novos concessionários

Se a Petrobras resolvesse ajustar o preço do asfalto para alinhá-lo com preços internacionais e se a ANTT entendesse que as cláusulas dos contratos de concessão atribuem o risco de variação dos custos de asfalto aos concessionários, isso, sem dúvida, espoliaria os concessionários.

Descabe – após todos esses anos de controle de preços dos combustíveis por decisão do controlador da Petrobras para minorar seu impacto na inflação e da consequente depredação do valor da companhia e espoliação dos acionistas minoritários – imaginar que as regras atuais do mercado de capitais brasileiro e o funcionamento da entidade que fiscaliza a sua aplicação

²² Essa estimativa considera apenas a produção, sem incluir o custo da logística.

²³ O asfalto é formado de produtos que são refugo do processo de refino do petróleo.

(a Comissão de Valores Mobiliários) se constituam em limites à fixação pela União, à sua vontade, via Petrobras, dos preços dos derivados do petróleo no mercado interno.

Note-se que, apesar de eventual aumento do custo do asfalto afetar todos os concessionários de rodovias, esse aumento tende a ser especialmente nefasto para os concessionários dos contratos recentemente firmados, aqueles da 3ª Etapa, Fase III, das concessões de rodovias federais.

É que, nos contratos de concessão de rodovias há geralmente, nos primeiros anos do contrato, grande concentração do investimento do concessionário em expansão de capacidade das rodovias e em melhoria da qualidade dos pavimentos. Portanto, os contratos recentemente celebrados, nos quais os concessionários não fizeram ainda os grandes investimentos iniciais serão os mais impactados pelo eventual aumento do preço do asfalto ou dos seus insumos.

4.5. Enquadramento jurídico da variação do custo do asfalto que impacte de forma relevante e negativamente a rentabilidade do concessionário

Como o contrato de concessão não é expresso em relação à atribuição à concessionária do risco de variação dos insumos, e como a variação do custo do asfalto está sob o controle do Poder Concedente, uma das possibilidades seria classificar a alteração do custo do asfalto como fato da administração, pois, neste caso, seria viável caracterizar esse risco como evento extraordinário e extracontratual (eis que não houve atribuição explícita desse risco ao concessionário), com base no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93.

O sucesso desse pleito implicaria em atribuir ao concessionário o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em virtude da variação do custo do asfalto, e poderia ser combinado com o pedido de suspensão do cumprimento pelo concessionário de quaisquer necessidades de investimento exigidas pelo contrato, até que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro seja realizada.

Essa linha de enquadramento enfrentaria as seguintes dificuldades: (a) alguns poderiam ver, na linguagem genérica constante dos itens 21.1.6 e 21.1.7 dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária acima citados, a atribuição ao concessionário do risco de variação do custo do asfalto, o que afastaria em princípio a “extracontratualidade” ensejadora da aplicação do art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/93;²⁴ (b) de uma forma mais geral, é possível que haja questionamento sobre a aplicação subsidiária do art. 65, inc. II, alínea “d”, por se entender que ele estabelece regras para distribuição de riscos incompatível com contratos de concessão e PPP e que, por essa razão, ele estaria afastado pelas disposições da Lei 8.987/95, que mandam aplicar as disposições da legislação geral sobre contratos administrativos apenas no que couber (arts.1º e 14, da Lei 8.987/95).

²⁴ Apesar da doutrina tradicional do direito administrativo e da jurisprudência não dar a devida importância a isso, a alínea “d”, do inciso II, do artigo 65, da Lei 8.666/93 estabelece expressamente que sua aplicação depende da ocorrência de “álea extraordinária e extracontratual”.

Isso apesar da tendência comum na Administração Pública e no Judiciário de se entender que a Lei 8.666/93 se aplica integralmente aos contratos de concessão, tendência essa que é decorrência da própria dificuldade de juízes, gestores públicos e procuradores dos órgãos estatais de entenderem as diferenças econômicas entre as concessões e os contratos administrativos em geral regidos pela Lei 8.666/93.

Outra linha de enquadramento possível seria o questionamento da aplicabilidade da cláusula atributiva do risco de variação do asfalto por descumprimento do princípio da proteção à confiança ou da boa-fé objetiva, consubstanciado na decisão do Poder Concedente de dar materialidade ao evento gravoso relativo ao risco após alocá-lo aos concessionários, em contratos que preveem investimentos extremamente relevantes em aumento de capacidade das rodovias, em alguns casos inclusive desvinculados das necessidades de tráfego do momento em que se exige o investimento em expansão de capacidade. Nesse caso, o pleito mais provável seria de suspensão pelo concessionário de obrigações de realizar investimentos até que seja ajustada alguma forma de recomposição do equilíbrio entre as prestações das partes.

A depender do impacto da mudança do preço do asfalto em cada contrato de concessão, eventualmente, a alegação de violação do princípio da proteção à confiança ou da boa-fé objetiva pode ser combinada com a alegação de onerosidade excessiva no cumprimento das obrigações contratuais, em virtude de evento causado por decisão do próprio Poder Concedente.

5. A variação do custo de financiamento em relação às condições disponibilizadas pelos bancos públicos para o projeto antes da licitação²⁵

Os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária do PIL alocaram aos concessionários o risco de obtenção do financiamento e de variação dos seus custos.

Seguindo determinação do Governo Federal, o BNDES, Caixa e BB (“Bancos Públicos”) publicaram em conjunto carta (“Carta de Financiamento”) anunciando as condições de financiamento que pretendiam disponibilizar para esses projetos, antes da publicação dos editais de licitação.²⁶ A Carta de Financiamento foi publicada pela ANTT juntamente com todo

²⁵ Queremos agradecer a Paulo Meira Lins, com quem comentamos sobre o conteúdo da presente nota, após a sua primeira versão estar redigida. Em conversa informal sobre o tema, ele percebeu que o risco de financiamento de infraestruturas é um exemplo de risco atribuído a uma das partes, mas sob controle da outra parte. Isso nos levou a elaborar o presente item 5 dessa nota.

²⁶ A rigor, pode-se dizer que as concessões de rodovias federais da 3ª Etapa, Fase III, são PPPs em que o subsídio público se faz por meio do financiamento subsidiado e da atribuição ao DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes da responsabilidade pela execução de obras relevantes na rodovia concedida e concomitantemente ao período de concessão.

A realização desses projetos como PPPs explicitaria os custos fiscais envolvidos na sua realização, em vista das exigências previstas, entre outros, no artigo 10, da Lei 11.079/04.

o material e documentação relativa às concessões de rodovias do PIL, antes da publicação dos editais de concessão.

Essas condições de financiamento subsidiadas foram consideradas pelos participantes da licitação quando formularam as suas propostas nas licitações. E qualquer participante da licitação que não utilizasse essas condições subsidiadas de financiamento dificilmente teria qualquer chance de vencer a licitação.

Os contratos dos financiamentos de longo prazo das concessões dessas rodovias ainda não foram assinados, mas alguns dos contratos de concessão já o foram.

Imagine-se agora que, por qualquer motivo, os Bancos Públicos modifiquem as condições para financiamento das concessões, após a assinatura dos contratos de concessão, mas antes do fechamento dos contratos de financiamento de longo prazo dessas concessões.

Essa decisão dos Bancos Públicos (que, enfatize-se, são controlados, como mencionado acima, pelo Governo Federal) configuraria materialização de evento gravoso relativo a risco atribuído pelos contratos de concessão aos concessionários.

Essa decisão teria claro efeito espoliativo sobre os concessionários que não teriam outras opções de financiamento com preços comparáveis no mercado e que estando com os preços das tarifas já definidas nos seus contratos de concessão, não teriam outra escolha senão aceitar o novo custo de financiamento estipulado pelos Bancos Públicos, reduzindo, assim, a rentabilidade do seu investimento na concessão.

Note-se que, em condições normais do mercado de crédito privado, as concessões das rodovias mencionadas não seriam viáveis com as tarifas-teto que foram estabelecidas para as licitações. Se fossem mantidas as tarifas-teto, mas fosse deixado claro para os concessionários que eles teriam que se financiar em condições de mercado, as licitações certamente teriam dado vazias.

Só foi possível ampla participação na licitação porque os participantes da licitação confiaram que os Bancos Públicos de fato disponibilizariam financiamento subsidiado nas condições que divulgaram antes das licitações.

A mudança nas condições de financiamento pelos Bancos Públicos – que como é cediço são controlados pelo Poder Concedente das concessões de infraestrutura rodoviária – sem dúvida espoliaria os concessionários, que teriam rentabilidade menor do que a esperada por mera decisão do Governo Federal.

5.1. As cláusulas dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária que atribuem o risco de variação das condições de financiamento ao concessionário

Os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT estabelecem, na sua cláusula de distribuição de riscos, o seguinte:

21.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

21.1.13 aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;

Esse dispositivo transfere para o concessionário o risco de aumento do custo de capital. Como o dispositivo citado acima não especifica que a referência a “custo de capital” abrange não apenas o custo de capital próprio, mas também o custo de capital de terceiros (custo de financiamento), apenas para os efeitos desse artigo, vamos supor que o risco transferido para o concessionário nesses contratos é o de aumento do custo de capital tanto próprio quanto o de terceiros.

E, a seguir, a cláusula sobre financiamentos, dos mesmos contratos de concessão, estabelece o seguinte:

26.1 A Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato.

Portanto, em vista das cláusulas citadas acima, vamos considerar para os efeitos desse trabalho que os contratos atribuem aos concessionários tanto o risco de obtenção do financiamento, quanto o risco de variação dos custos do financiamento.²⁷

5.2. Comparando as condições de financiamento disponibilizadas para o PIL e as condições ordinárias de financiamento de infraestrutura rodoviária pelo BNDES

Abaixo, comparamos as condições de financiamento disponibilizadas pelos Bancos Públicos para o PIL para concessões de infraestrutura rodoviária e as condições ordinárias do FINEM – Financiamento a Empreendimentos, que é o programa tradicional do BNDES para financiamento dos setores de infraestrutura.

O modelo de financiamento adotado para o PIL é muito semelhante ao que o BNDES utiliza para o FINEM.

²⁷ Não há, contudo, nos contratos nenhuma menção expressa ao risco de variação das condições de financiamento, por exemplo, o prazo.

No FINEM as taxas de juros dos empréstimos do BNDES geralmente são compostas da seguinte forma:

- a) No caso de apoio direto – isso é no caso em que o BNDES empresta diretamente ao empreendedor: a taxa de juros é composta do *Custo Financeiro* somado à *Remuneração Básica do BNDES* e somada à *Taxa de Risco de Crédito*;
- b) No caso de apoio indireto (operação de repasse) – o BNDES repassa os recursos para bancos públicos ou privados que, por sua vez emprestam esses recursos aos empreendedores: a taxa de juros é composta do *Custo Financeiro* somado à *Remuneração Básica do BNDES* somado à *Taxa de Intermediação Financeira* e somada à *Remuneração da Instituição Financeira Credenciada*.

Note-se que, no caso de operação de repasse, o BNDES provê fundos subsidiados aos bancos repassadores, e assume o risco de crédito apenas desses bancos. Os bancos credenciados, por sua vez, recebem os recursos do BNDES e os repassam para os empreendedores, assumindo o risco dos empreendedores e dos projetos.

Comparação das condições de financiamento FINEM com PIL

	FINEM	PIL ²⁸	O que é mais vantajoso para o concessionário?
Custo financeiro	70% TJLP e 30% TJ-462 (que é igual a TJLP + 1,0% a.a.)	100% TJLP	PIL
Remuneração básica do Banco Público	1,3% a.a.	2% a.a.. Em tese, estaria contido nesse valor a remuneração básica do Banco Público, a taxa de risco de crédito, a taxa de intermediação financeira, e a	PIL
Taxa de risco de crédito	4,18% a.a., conforme o risco de crédito do cliente		
Taxa de Intermediação Financeira	0,1% a.a. para micro, pequenas e médias empresas e 0,5% a.a. para as média-grandes e grandes empresas		

²⁸ Dados extraídos da carta enviada pelo BNDES, Caixa e Banco do Brasil ao Diretor-Geral da ANTT, Jorge Bastos, datada de 04 de setembro de 2013 e descrevendo as condições de financiamento disponibilizadas por esses bancos para as concessões de infraestrutura rodoviária da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT. Essa carta foi publicada pela ANTT, no website destinado à publicação das informações sobre os projetos da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT: <http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/2298/Carta_de_Financiamento_dos_Bancos_Publicos_ao_PIL_Rodovias.html>

MINUTA PRELIMINAR PARA DISCUSSÃO DE 04/02/2014 E PUBLICADA EM 10/02/2014

Remuneração da instituição financeira credenciada	Estipulada entre a instituição financeira credenciada e o cliente	remuneração da instituição financeira credenciada.	
Alavancagem	Por regra 60% dos itens financiáveis. Pode ser estendida até 90% dos itens financiáveis. Em rodovias, o normal é 70%. Apesar de isso não estar expresso nas condições públicas, o índice de cobertura do serviço da dívida igual ou maior que 1,2 ou 1,3 a depender do projeto.	Até 70% dos itens ordinariamente financiáveis pelo BNDES, Caixa e Banco do Brasil, observado o índice de cobertura do serviço da dívida maior ou igual a 1,2.	Condições iguais
Prazo	Para rodovias, normalmente, 20 anos, com 5 anos de carência e 15 de amortização	25 anos, com 5 anos de carência e 20 anos de amortização	PIL

Observe-se que, para os projetos do PIL, não estão claras as condições em que os bancos privados participariam dos financiamentos, apesar de ter ficado claro que a intenção é trazer bancos privados para atuarem por meio do sistema de repasses.

Na nossa avaliação, contudo, se o Governo de fato cumprir o custo limite do financiamento previsto na carta mencionada acima, não será viável a participação de bancos privados, pois ao custo de TJLP mais 2% a.a., não nos parece possível atrair bancos privados para realizarem operações de repasse. A consequência disso é que todo o financiamento será provavelmente realizado por meio de operações diretas dos bancos públicos com os empreendedores.

Propositalmente, estamos deixando de fora da comparação entre FINEM e PIL as condições do empréstimo-ponte, porque, tradicionalmente, os Bancos Públicos não faziam empréstimos-ponte para os setores de infraestrutura de transportes. Os financiamentos de infraestrutura de transportes com recursos subsidiados eram realizados exclusivamente pelo BNDES, que se focava apenas nos empréstimos de longo prazo. A partir da crise financeira de 2008, o BNDES passou a fazer empréstimos-ponte, além dos financiamentos de longo prazo.

Não incluímos também na tabela acima as condições relativas às garantias do financiamento. O tradicional é que, no período pré-operacional, os Bancos Públicos exijam garantias corporativas dos acionistas das concessionárias e que essas garantias só sejam parcialmente liberadas após o, assim chamado, “*completion* financeiro” do projeto, que ocorre em regra 1 a 2 anos após a entrega das obras principais, quando a geração de caixa atinge índices financeiros pré-estabelecidos. Contudo, os massivos montantes de investimentos previstos no PIL e o nível de endividamento dos investidores tradicionais em infraestrutura no Brasil inviabilizariam que fossem exigidas garantias corporativas mesmo no período pré-operacional. Por essa razão, para o PIL, em regime de melhores esforços, os bancos públicos se comprometeram a, sempre que

possível, preferir no período pré-operacional outras garantias (ESA – *Equity Support Agreement*, com limite de 20% do investimento total estimado para cobertura de sobrecustos de obra, seguro-garantia de cumprimento de contrato, entre outros) em lugar das garantias corporativas (fiança-bancária ou aval corporativo). Isso significa que os Bancos Públicos se comprometeram a, em regime de melhores esforços, utilizar, para os financiamentos de concessões de rodovias do PIL, a estrutura de *Project Finance Limited Recourse*, na qual os bancos recebem como garantia do financiamento, mesmo no período pré-operacional, garantias não corporativas.²⁹

Por fim, enfatize-se que as condições de financiamento do PIL são muito melhores, muito mais subsidiadas que as do FINEM. E que tanto as condições do PIL quanto do FINEM estão extremamente distantes de condições de financiamento do mercado bancário privado.

5.3. O que aconteceria se o Governo Federal resolvesse, por qualquer motivo, não disponibilizar condições de financiamento subsidiadas conforme prometido?

Como já mencionamos acima, os participantes das licitações consideraram, para efeito de formulação das suas respectivas propostas, os custos de financiamento anunciados pelos Bancos Públicos na Carta de Financiamento.

Se o Governo Federal decidisse, por qualquer motivo, quebrar a promessa representada pela Carta de Financiamento – essa seria uma decisão tão relevante que não acreditamos que os Bancos Públicos a tomariam sem autorização para tanto do Ministério da Fazenda ou da Presidência da República – e estabelecer, após a assinatura dos contratos de concessão, ao longo da discussão do financiamento de longo prazo, condições de financiamento piores que aquelas prometidas na Carta de Financiamento, como (a) o impacto disso nas concessões seria extremamente relevante (o financiamento abaixo dos padrões tradicionais do BNDES foi uma das principais formas de subsidiar as tarifas ao usuário a serem cobradas nesses projetos), e (b) como os concessionários não encontrariam no mercado condições de financiamento semelhantes àquelas prometidas na Carta de Financiamento, não restaria aos concessionários outra opção a não ser buscar judicialmente a suspensão da exigibilidade das suas obrigações principais dos contratos de concessão até que os Bancos Públicos cumprissem as condições previstas na Carta de Financiamento.

E, como já mencionamos acima, nos itens 3.5 e 4.5 desse trabalho, não faltariam fundamentos jurídicos para a obtenção pelo concessionário de decisão judicial que suspenda o cumprimento de suas obrigações no contrato de concessão. Isso, como já apontamos acima, teria diversas

²⁹ Geralmente, os bancos privados, quando utilizam a modalidade de financiamento de *Project Finance Limited Recourse* cobram taxas de juros mais altas do que quando recebem garantias corporativas. Isso porque eles avaliam que a limitação no uso de garantias corporativas, em regra, aumenta o risco do projeto para o financiador. Isso reforça a nossa percepção, já anunciada acima, de que não será viável a participação de bancos privados no financiamento dos projetos de rodovias do PIL nas condições de preço e prazo anunciadas pelo Governo, nem mesmo no sistema de repasses de recursos.

consequências perniciosas para a concessão: fragilização do contrato, contencioso e espaço para soluções negociadas (não necessariamente republicanas).

6. Solução negociada nos casos em que o Poder Concedente decida materializar eventos gravosos

Contratos de concessão são contratos relacionais, que dependem de cooperação entre as partes para lidar com a complexidade e as vicissitudes envolvidas na prestação dos serviços.

Cientes disso, e da sua dependência da cooperação do Poder Concedente e da agência reguladora, concessionários experientes geralmente evitam grandes contenciosos contra os seus respectivos Poderes Concedentes e agências reguladoras, pois percebem que conflitos desabridos tendem a ser ruins para todas as partes.

Por isso, a nossa percepção é que, no caso da materialização pelo Poder Concedente de evento gravoso que espolie o concessionário e cujo risco foi atribuído ao concessionário pelo contrato de concessão, se as negociações entre o Poder Concedente, respectivas agências reguladoras e concessionários forem racionais, haverá sempre soluções capazes de acomodar as pretensões das partes, que são mais eficientes que o conflito. Aplica-se aqui, em toda a sua extensão, o provérbio “mais vale um mal acordo que uma boa demanda”.

Por isso, como cidadãos, temos esperança que, nos casos em que o Poder Concedente e a agência reguladora resolverem dar materialidade aos eventos gravosos cujo risco foi alocado ao concessionário alguma solução seja encontrada que evite o conflito e que, sobretudo, não tire dos concessionários o incentivo para cumprir os contratos.

7. Lição a ser aprendida: seguir as melhores práticas na distribuição de riscos reduz as chances de contencioso e de descumprimento de contratos

A possibilidade de criação de contencioso para os Poderes Concedentes e agências reguladoras e as incertezas em torno do cumprimento dos contratos de concessão poderiam ter sido evitadas se o Poder Concedente e a agência reguladora tivessem seguido em seus contratos regras elementares de distribuição de riscos, atribuindo o risco das ocorrências a quem tem maior controle sobre elas.

Claramente, o risco de implantação de um terceiro aeroporto, de variação do custo do asfalto e de variação das condições e custos de financiamento deveriam ter sido assumidos pelo Poder Concedente.

Geralmente esses erros realizados pelos responsáveis por modelar contratos de concessão e PPP são produto da combinação do seguinte: (a) visão ingênua de que proteger o erário e o usuário do serviço é transferir indiscriminadamente riscos à iniciativa privada; (b) repetição

das cláusulas previstas em contratos anteriores, em face das quais agentes públicos neófitos na estruturação de contratos de concessão e PPP muitas vezes tem uma postura reverencial; (c) incompreensão dos princípios básicos sobre a alocação de riscos em contratos de concessão e PPP; (d) insensibilidade às provocações e questionamentos trazidos ao conhecimento dos responsáveis pela licitação ao longo do processo de consulta pública e ao longo do *road show* do projeto, quando houver.

O que nos importa é documentar esses erros e suas consequências na esperança de que eles não sejam repetidos.