

**CONCESSÕES DE INFRAESTRUTURAS E A PROIBIÇÃO DE INDENIZAR
CONCESSIONÁRIO POR INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS:
CORTAR O MAL PELA RAIZ OU TAPAR O SOL COM A PENEIRA?¹**

Mauricio Portugal Ribeiro²

1. Suprimindo indenizações por investimentos não amortizados: cortando o mal pela raiz?

Desde a celebração do contrato de concessão da BR 116/324 que os contratos de concessão de rodovias federais passaram a incluir cláusulas estabelecendo que não

¹ Gostaria de agradecer a Carla Castro Malhano pela revisão de texto que fez nessa nota e por ter me ajudado com as referências e notas de rodapé. Eventuais erros e omissões são exclusivamente de minha responsabilidade.

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).

haverá indenização por investimentos não amortizados ao término desses contratos.³⁻⁴⁻⁵

³ O contrato de concessão da BR-116/324/BA da 2ª Etapa, Fase II, da ANTT, assinado em 03/09/2009, assim tratava do tema: “4.3.3 Todos os Bens da Concessão ou investimentos neles realizados deverão ser integralmente depreciados e amortizados pela Concessionária no Prazo da Concessão de acordo com os termos da legislação vigente, não cabendo qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no advento do termo contratual.”; “26.3.1 A Concessionária não fará jus a qualquer indenização relativa a investimentos vinculados aos Bens da Concessão em decorrência do término do Prazo da Concessão, tendo em vista o que dispõe a subcláusula 4.3.3.”

Os contratos de concessão de rodovias federais posteriores ao da BR-116/324/BA, ou seja, todos os abarcados pela 3ª Etapa da ANTT em qualquer de suas Fases, também não previram o direito à indenização por investimentos não amortizados, utilizando-se de redação idêntica à retrotranscrita.

Portanto, além do contrato de concessão da BR-116/324/BA, não preveem o direito à indenização os seguintes contratos: BR-040/DF/GO/MG celebrado em 12/03/2014 na 3ª Etapa, Fase I da ANTT (itens 4.3.3 e 30.3.1); BR-101/ES/BA celebrado em 17/04/2013 na 3ª Etapa, Fase II da ANTT (itens 4.3.3 e 28.3.1); e BR-050/GO/MG celebrado em 05/10/2013, BR-163/MT e BR-163/MS, ambos celebrados em 12/03/2014, e BR-060/153/262/DF/GO/MG celebrado em 30/01/2014, todos na 3ª Etapa, Fase III da ANTT (itens 4.3.3 e 30.3.1). Cabe ressaltar que o contrato de concessão referente à BR-116/MG celebrado na 3ª Etapa, Fase I da ANTT não foi encontrado, de sorte que não foi possível conhecer suas determinações sobre o tema.

⁴ Os contratos de concessão de rodovias federais anteriores ao da BR 116/324, no entanto, previam o direito à indenização por investimentos não amortizados. Abaixo cito as cláusulas sobre esse tema de diversos contratos de concessão federal anteriores ao da BR 116/324, conforme suas etapa e fase no programa de concessão federal:

1º Etapa da ANTT

- BR-101/RJ, celebrado em 28/12/1994: “117. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a prévia indenização das parcelas dos investimentos vinculados aos bem adquiridos pela CONCESSIONARIA, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade dos serviços objeto da concessão.”
- BR-116/RJ/SP, celebrado em 31/10/1995: “144. A reversão dos bens na extinção da concessão far-se-á com o pagamento, pelo DNER, das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pela CONCESSIONARIA, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com a prévia aprovação do DNER, com objetivo de garantir a continuidade e a atualidade da concessão.”
- BR-040/MG/RJ e BR-116/RJ, respectivamente celebrados em 31/10/1995 e 22/11/1995: “114. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bem reversíveis, ainda não amortizados OU depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade dos serviços pertinentes à concessão.”
- BR-290/RS, celebrado em 04/03/1997: “135. A reversão dos bens na extinção da concessão far-se-á com o pagamento, pelo DNER, das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com a prévia aprovação do DNER, como objetivo de garantir a continuidade e a atualidade da concessão.”
- BR-116/RS, 293/RS e 392/RS, celebrado em 18/07/1998: “13.3.6. A reversão no advento da termo contratual far-se-á com a prévia indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade dos servi os pertinentes à concessão.”

2ª Etapa, Fase I da ANTT

- BR-116/PR/SC; BR-116/SP/PR; BR-116/376/PR e BR-101/SC; BR-381/MG/SP; BR-101/RJ; e BR-153/SP, todos celebrados em 14/02/2008, e BR-393/RJ, celebrado em 26/03/2008: “3.9 A reversão dos bens quando da extinção da Concessão se fará com o pagamento, pela União, das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pela Concessionária, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com a prévia aprovação da ANTT, com objetivo de garantir a continuidade e a atualidade da Concessão.”

⁵ No Estado de São Paulo, a ARTESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo continua prevendo nos contratos de concessão o direito à indenização por ativos não amortizados. No caso da concessão das rodovias Anhanguera e Bandeirantes, que integrou a primeira rodada de concessões estadual e cujo contrato foi celebrado em 01/05/1998, dispunha-se que “a Concessionária terá direito à indenização correspondente ao saldo não amortizado de bens cuja aquisição, devidamente autorizada pelo Contratante, tenha ocorrido nos últimos 5 (cinco) anos do prazo da Concessão, desde que realizada para garantir a continuidade e a atualidade dos serviços abrangidos pela Concessão.” (item 44.4).

Em contratos mais recentes da ARTESP, como o de concessão do Trecho Oeste do Rodoanel, que foi assinado em 01/06/2008, o contrato dispõe que: “A Concessionária terá direito à indenização correspondente ao saldo não

A intenção dessas cláusulas supressivas de direito à indenização por investimentos não amortizados seria exigir que todos os investimentos realizados pelo concessionário sejam amortizados no prazo do contrato de concessão. Evitar-se-ia, dessa forma, discussões sobre o valor das indenizações por investimentos não amortizados, ao término dos contratos, cortando, portanto, pela raiz o problema da definição do valor (critério e forma de cálculo) e do momento da indenização por investimentos não amortizados.

A utilização pela EBP – Estruturadora Brasileira de Projetos⁶, pelo BNDES – Banco de Desenvolvimento Econômico e Social e pela parceria entre IFC – International Finance Corporation, BNDES e BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento do contrato da BR 116/324 como modelo para a elaboração de diversos contratos de concessão federais e de concessão ou PPP estaduais e municipais tornou padrão a previsão nos contratos de concessão e PPP de cláusula supressiva da indenização por investimentos não amortizados ao término dos contratos de concessão.⁷ A inércia da utilização de um modelo anterior ditava, então, a frequente reutilização da cláusula de supressão de indenização por investimentos não amortizados.

Os problemas havidos recentemente no término dos contratos de geração do setor elétrico⁸, contudo, trouxeram novo fundamento e, assim, reforçaram o costume de se

amortizado dos bens cuja aquisição, devidamente autorizada pela Contratante, tenha ocorrido nos últimos 5 (cinco) anos do prazo de Concessão, desde que realizada para garantir a continuidade e a atualidade dos serviços abrangidos pela Concessão, observadas as disposições legais vigentes.” (item 41.4).

⁶ A EBP é um ente privado, controlado por bancos, entre eles o BNDES. Apesar do BNDES não ter o controle formal da EBP (pois ele não detém mais que 50% das ações), ele controla, por meio de convênio/contrato o conteúdo dos estudos que ela realiza.

⁷ O guia de boas práticas na estruturação de concessões e PPPs disponibilizado na internet pela EBP utiliza como modelo cláusulas que suprimem a indenização por investimentos não amortizados. Vejam as cláusulas dadas como exemplo de boas práticas:

“39.2. Extinta a CONCESSÃO, o PODER CONCEDENTE assumirá imediatamente a prestação dos SERVIÇOS, sendo-lhe revertidos gratuitamente todos os BENS REVERSÍVEIS, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos. (...)

39.7. As intervenções e substituições realizadas com o objetivo de dar concretude ao dever de manutenção dos BENS REVERSÍVEIS pela CONCESSIONÁRIA não geram direito à indenização ou compensação em favor da CONCESSIONÁRIA.” (grifei), (Cf.: Wiki de Boas Práticas de Concessões e PPPs disponibilizado na internet pela EBP, página com título “Exemplos - Procedimento e critérios de reversão dos bens”, disponível no link: <http://ebpbrasil.wikispaces.com/Exemplos+-+Procedimento+e+crit%C3%A9rios+de+revers%C3%A3o+dos+bens>)

Note-se, contudo, que no item do Wiki de Boas Práticas que descreve as principais opções em torno das reversão de bens, há menção à possibilidade de previsão de indenização por investimentos não amortizados. (Cf.: <http://ebpbrasil.wikispaces.com/Procedimento+e+crit%C3%A9rios+de+revers%C3%A3o+dos+bens>)

⁸ O Governo Federal enfrentou uma série de dificuldades recentemente com a chegada ao termo dos contratos de concessão de geração do setor elétrico. Para quem acompanha de perto os setores de infraestrutura, essas dificuldades, do ponto de vista técnico, não representavam uma novidade.

Situação semelhante já havia sido enfrentada anos antes no setor de saneamento, onde o término dos antigos contratos de concessão celebrados entre companhias estaduais de saneamento e municípios, como parte do PLANASA – Plano Nacional de Saneamento, de 1971, começou a ocorrer em 2001.

Nos anos seguintes, centenas desses contratos de concessão chegaram ao seu termo e tiveram que ser substituídos ou por contratos de programa entre os municípios e as empresas de saneamento estaduais ou por contratos de concessão submetidos à prévia licitação.

proibir contratualmente a indenização por investimentos não amortizados. É que essa proibição passou a ser vista como uma solução para evitar que se repita no futuro as dificuldades que o Governo Federal enfrentou na discussão das indenizações por investimentos não amortizados nessas concessões.⁹ A ideia é, como mencionado acima, cortar o mal pela raiz: suprime-se contratualmente o direito à indenização e, assim, supostamente eliminam-se completamente as dificuldades em torno da definição do valor e do pagamento da indenização.

Nos contratos de concessão federal recentemente celebrados de rodovias (refiro-me aos contratos de rodovias federais da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT¹⁰) e de aeroportos (refiro-me aos contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Brasília, Viracopos, Galeão e Confins) – chamarei esses contratos de agora em diante de “Novos Contratos Federais de Concessão” – manteve-se a pretensão de cortar o mal pela raiz proibindo a indenização aos concessionários por investimentos não amortizados.¹¹

Considerando, contudo, as características específicas dos Novos Contratos Federais de Concessão é possível que, nos últimos anos desses contratos, seja importante ter a

Note-se, que a figura do contrato de programa foi criada no setor de saneamento para permitir a continuação dos arranjos existentes desde o PLANASA entre as companhias estaduais de saneamento e os municípios.

Na prática, o contrato de programa é um contrato de concessão celebrado sem licitação entre o município e a companhia estadual de saneamento, mas que não usa o rótulo de “contrato de concessão” para minimizar o risco de questionamento da sua constitucionalidade em face do artigo 175 da Constituição Federal, que exige que os contratos de concessão sejam celebrados sempre mediante licitação.

Muitos municípios que, ao termo dos contratos de concessão do PLANASA resolveram não celebrar contratos de programa com companhias estaduais, e sim submeter o novo contrato de concessão à licitação, foram acionados judicialmente pelas companhias estaduais de saneamento que pleitearam ou o pagamento prévio e a vista de indenização pelos investimentos não amortizados ou a prorrogação dos contratos de concessão do PLANASA até que os seus investimentos fossem amortizados.

Em vários desses casos, as companhias estaduais conseguiram adiar por anos a realização da licitação da nova concessão. Esses embates judiciais contribuíram para formar e consolidar jurisprudência em torno da extinção dos contratos de concessão e em relação à obrigação de indenizar por investimentos não amortizados.

⁹ Não encontrei nenhuma nota técnica ou documento emitido pelas agências reguladoras ou pelos ministérios envolvidos na modelagem dos projetos que vinculasse claramente a utilização dessas cláusulas aos problemas havidos no setor elétrico. Mas, conversando com técnicos envolvidos na modelagem desses projetos, cujas identidades mantereí anônimas, a razão dada para a manutenção dessas cláusulas nos contratos recentemente estruturados é evitar a ocorrência dos problemas havidos recentemente ao termo dos contratos de concessão do setor elétrico, com a discussão do valor das indenizações por investimentos não amortizados.

¹⁰ A 3ª Etapa, Fase III, da ANTT abarca a concessão das rodovias BR-050/GO/MG, BR-163/MT, BR-163/MS e BR-060/153/262/DF/GO/MG.

¹¹ Os contratos de concessão dos aeroportos de Guarulhos, Brasília, Viracopos, Galeão e Confins dispõem em seu item 13.12.1 que: *“Ao termo da concessão ocorrerá a reversão para a União dos bens vinculados a ela, e esta se dará sem direito a qualquer indenização para o Concessionária.”*

Os contratos de concessão de rodovias da 3ª Etapa, Fase III da ANTT estabelecem cláusulas com o seguinte teor: *“A Concessionária não fará jus a qualquer indenização relativa a investimentos vinculados aos Bens da Concessão em decorrência do término do Prazo da Concessão, tendo em vista o que dispõe a subcláusula 4.3.3”*; e *“4.3.3 Todos os Bens da Concessão ou investimentos neles realizados deverão ser integralmente depreciados e amortizados pela Concessionária no Prazo da Concessão de acordo com os termos da legislação vigente, não cabendo qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro no advento do termo contratual.”*

possibilidade de prever indenizações por investimentos não amortizados, como mecanismo para incentivo a investimentos.

Na presente nota – sem entrar especificamente na discussão dos critérios para cálculo das indenizações por investimentos não amortizados – pretendo explicar a lógica dessas indenizações e a sua utilidade nos últimos anos dos contratos de concessão, particularmente no contexto de contratos baseados em obrigações de desempenho e sem a utilização de plano de negócios como instrumento para sua regulação, como o são os Novos Contratos Federais de Concessão.

Depois, pretendo mostrar em quais contextos me parece fazer sentido suprimir a indenização por investimentos não amortizados, deixando claro que os Novos Contratos Federais de Concessão não estão entre aqueles contratos nos quais me parece fazer sentido suprimir essa indenização.

2. Para que serve a indenização por investimentos não amortizados?

Em contratos de concessão e PPP, o concessionário realiza investimentos em uma infraestrutura para prestação de serviços e recebe remuneração que, em parte, se destina a amortizar esses investimentos¹² e, em parte, se destina a cobrir os custos operacionais da prestação do serviço.

Quando da extinção (antecipada ou por decurso de prazo) do contrato de concessão, o concessionário é obrigado a transferir a infraestrutura que construiu ou melhorou para a Administração Pública, por meio do processo de reversão dos bens necessários à continuidade da prestação do serviço.

A reversão dos bens se dá independentemente dos investimentos que foram realizados para a sua aquisição, construção e implantação estarem ou não amortizados.

Rigorosamente, o processo de reversão tem a mesma natureza de uma expropriação. Mesmo que as receitas percebidas pelo concessionário com a exploração do objeto do contrato de concessão não tenham sido suficientes para remunerá-lo pela realização das obras ou aquisição dos bens, ele é obrigado a transferi-los ao Poder Concedente.¹³

¹² Cobrindo o custo do investimento mais a remuneração do concessionário, por ter renunciado à liquidez, remuneração essa que geralmente é chamada de taxa interna de retorno.

¹³ Em qualquer outro negócio entre entes privados de prestação de serviço de longo prazo que exijam investimentos do prestador de serviços em equipamentos ou outros bens para cumprir as suas obrigações, quando da ruptura do contrato, o prestador de serviço tem direito a alienar os bens que adquiriu, ficando com o produto dessa alienação. No caso, contudo, dos contratos de concessão, o concessionário é obrigado a devolver esses bens para o Poder Concedente. Portanto, ele é expropriado desses bens mesmo que ainda não tenha sido pago ainda pela sua aquisição.

Mas, ao contrário das expropriações, por exemplo de imóveis urbanos ou rurais, em que existe metodologia consolidada, normas técnicas específicas para cálculo da indenização (vide NBR nº 14.653) e marco legal absolutamente claro em relação à necessidade de prévia indenização para expropriação (Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941), no caso da indenização por investimentos não amortizados em concessões e PPPs:

- (a) o critério¹⁴ e a forma de cálculo da indenização para tanto ainda é tema novo, com literatura escassa¹⁵, muita incompreensão em torno do tema e tratamento parco nos contratos de concessão e PPP, que muitas vezes sequer definem os critérios para cálculo ou o procedimento para definição do valor da indenização;
- (b) o entendimento mais comum entre os juristas¹⁶ é que o marco legal só exige expressamente indenização prévia para o caso de extinção do contrato por encampação (art. 37, da Lei 8.987/95). Em todos os outros casos, supostamente não haveria disposição legal expressa exigindo a indenização prévia, o que termina abrindo espaço para discussões sobre o momento quando deve ser realizada a indenização;¹⁷
- (c) há decisões judiciais esparsas definindo que a cobrança pelo concessionário do Poder Concedente de indenização pelos investimentos não amortizados ao termo do contrato, deve ser realizado pelas vias ordinárias¹⁸, o que, no caso, de entes da Administração Direta e Autárquica significa que, em caso de inadimplemento

¹⁴ Existem vários critérios que podem ser empregados, utilizando como referência desde o valor patrimonial dos bens nos quais foram realizado os investimentos, passando por critérios contábeis, que levam em conta o valor contábil-fiscal registrado dos bens que foram objeto de investimento do concessionário, até critérios financeiros ou contábeis-societários, que levam em conta a expectativa de remuneração do investimento realizado pelo concessionário.

¹⁵ O único artigo que me parece até aqui tratar do tema de maneira adequada é PRADO, Lucas Navarro, *Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei Federal nº 8.987/95*, In: *Parcerias Público Privadas: Experiências, Desafios e Propostas*, Org.: Gesner Oliveira e Luiz Chrysostomo de Oliveira Filho, Editora LTC/GEN, São Paulo, 2013.

¹⁶ “O requisito do prévio pagamento da indenização quando da extinção pelo fim do prazo contratual, porém, não está expresso na Lei 8.987/1995. Houve sim o reconhecimento do dever de indenizar o investimento ainda não amortizado. Mas o texto legal, nessa passagem, não foi tão incisivo para indicar o momento de pagar a indenização como o foi na hipótese de encampação.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Pareceres*, Volume II. *Direito Administrativo contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 300)

¹⁷ O meu entendimento, contudo, é que em vista da natureza expropriatória da reversão, a interpretação correta da Lei 8.987/95 é que o concessionário tem o direito à indenização prévia à extinção do contrato por investimentos não amortizados.

¹⁸ Das quais se pode citar decisão exarada pelo STJ que “firmou o entendimento de que, extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público, não estando condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis, que, em sendo devida, deve ser garantida nas vias ordinárias.” (STJ, AREsp nº 144.449/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 10.09.2012)

pelo Poder Concedente, será necessário o ajuizamento de ação ordinária, que pode durar mais que 5 anos e submissão do pagamento ao regime precatorial, o que torna o momento do efetivo pagamento dessa indenização bastante incerto e afeta a própria credibilidade do direito à indenização.¹⁹

Todas essas características tornam o valor e o momento do efetivo pagamento da indenização por investimentos não amortizados, na prática, muito mais incertos que o caso de indenização por expropriação, apesar dessas indenizações terem, rigorosamente, a mesma natureza.

Malgrado as incertezas em torno do seu efetivo pagamento, o direito à indenização por investimentos não amortizados ainda é um instrumento importante para incentivar a realização de investimentos por concessionários ao final dos contratos e seria pertinente que os contratos a regrassem adequadamente ao invés de simplesmente suprimi-la.²⁰

Para lidar com essas incertezas em relação à efetividade do direito à indenização, o ideal seria que os contratos previssem:

- (a) regra clara sobre o critério, parâmetros e forma de cálculo da indenização;
- (b) se não conseguir prever regra clara sobre isso, estabelecer procedimento sobre como será calculada a indenização, a ser aplicado em tempo de se ter estabelecido o valor da indenização para pagamento por ocasião da extinção do contrato;
- (c) regra estabelecendo a obrigação de pagamento prévio da indenização para extinção do contrato, e, caso a indenização não seja paga, a conversão automática do valor da indenização em prazo adicional do contrato,

¹⁹ No caso do setor elétrico – como existe a obrigatoriedade dos usuários pagarem como parte da tarifa um valor recolhido a título de reserva para reversão, destinado especificamente para o Poder Concedente pagar aos concessionários, no término dos contratos, a indenização por investimentos não amortizados – a incerteza sobre a disponibilidade dos valores para realizar esse pagamento era bem menor.

Contudo, havia incerteza sobre o critério de cálculo dessas indenizações e se os montantes recolhidos a título de reserva de reversão seriam suficientes para pagar todas as indenizações se houvesse término sem renovação de todos os contratos que chegaram ou que estavam para chegar ao seu termo.

A Lei 12.783/2012 elegeu o critério econômico (valor de reposição dos bens) para calcular o valor das indenizações por investimentos não amortizados ao termo dos contratos de geração e distribuição. Por razões que não tenho condições de especificar no presente trabalho, esse critério, nesse caso, me parece inadequado.

²⁰ Para análise das incertezas em torno do pagamento de indenizações por investimentos não amortizados em contratos de concessões e PPP, vide o artigo Ribeiro, Mauricio Portugal & Da Matta, Paulo Vitor Torres, *Financiamento de concessões e PPPs: sugestões sobre como lidar com o risco de encampação e rescisão*, publicado em 23/02/2014 e disponível no seguinte link: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/risco-politico-em-financiamento-de-concessoes-final>.

podendo, contudo, o Poder Concedente realizar nova licitação para novo contrato de concessão da infraestrutura, desde que a extinção do contrato em curso e a assinatura do novo contrato de concessão fiquem condicionados ao pagamento da indenização por investimentos não amortizados ao concessionário.

3. Obrigações de desempenho e de investimento e regulação por plano de negócios

A supressão da indenização por investimentos não amortizados pode ser uma opção adequada se os contratos de concessão e PPP forem modelados como contratos baseados em obrigações de investimento pré-definidas e reguladas por plano de negócios. Mas em contratos baseados em obrigações de desempenho e em que o plano de negócios não é utilizado para fins regulatórios, a supressão do direito à indenização pode ter efeito de desencorajar a realização pelo concessionário de investimentos nos anos finais do contrato.

Para entender essa afirmação, é preciso distinguir claramente *contratos baseados em obrigações de investimento* dos *contratos baseados em obrigações de desempenho*.

Nos contratos baseados em obrigações de investimento, o concessionário está vinculado à realização de investimentos, com valores e momentos pré-definidos no contrato de concessão.

Nos contratos baseados em obrigações de desempenho, o concessionário tem apenas a obrigação de manter os níveis de serviço pactuados.

Contratos baseados em obrigações de investimento e contratos baseados em obrigações de desempenho são tipos ideais. Na prática, em todos os contratos de concessão e PPP constam obrigações de desempenho e obrigações de investimento.

Contudo, é possível perceber em cada contrato a prevalência de um desses dois tipos de obrigação. Os contratos, por exemplo, da primeira rodada de concessão rodoviária federal²¹ eram contratos baseados em obrigações de investimento. Neles, as expansões de capacidade, eram previstas como investimentos a serem realizados no futuro, com valores fixos e em momentos pré-definidos no plano de negócios.

Já os Novos Contratos Federais de Concessão vinculam os concessionários a índices de serviço. Evidentemente, para cumprimento desses índices de serviço, o concessionário tem que realizar investimentos. Mas, não há predefinição no contrato nem do valor do

²¹ Vide, por exemplo, o contrato de concessão da Rodovia Presidente Dutra, ou da Ponte Rio-Niterói.

investimento, nem do momento em que ele se realizará. Por exemplo, nos Novos Contratos Federais de Concessão, as expansões de capacidade são vinculadas a gatilhos de demanda. Quando for atingido o gatilho, isto é quando a demanda pelo serviço alcançar os níveis definidos no contrato para tanto, o concessionário é obrigado a realizar a expansão de capacidade (duplicação, se for rodovia em pista simples, ou criação de uma nova faixa de rolamento, se for uma rodovia duplicada).

Além disso, é preciso fazer a distinção entre *contratos regulados por meio de um plano de negócios* dos *contratos que não utilizam plano de negócios*.

Nos contratos que são regulados por um plano de negócios apresentado durante a licitação, há previsão de uma curva de demanda estimada e previsão dos investimentos em cada momento do contrato para adequar a capacidade da infraestrutura à prestação de serviços adequados para o nível de demanda estimado.

Nos contratos que não são regulados por plano de negócios, como os Novos Contratos Federais de Concessão, simplesmente não há referência regulatória de quais os investimentos que estão previstos em cada ano do contrato. O concessionário está vinculado à execução do investimento quando os gatilhos para tanto ocorrerem. Mas não há qualquer documentação recebida pelo regulador e vinculada ao contrato de concessão que formalize quando os concessionários previram o atingimento dos gatilhos de demanda e a realização dos investimentos para atendê-la.

4. O que a distinção entre modelos de contrato e de regulação tem a ver com a supressão da indenização por investimentos não amortizados?

Fazendo a pergunta veiculada no título de maneira mais específica: o que essa distinção entre contratos baseados em obrigações de desempenho e de investimento, e entre contratos regulados por plano de negócios e contratos não regulados por plano de negócios tem a ver com o problema das indenizações por investimentos não amortizados?

A exigência de amortização de todos os investimentos ao termo do contrato pode funcionar bem em contratos baseados em obrigações de investimento e regulados por plano de negócios. É que neles há uma programação prévia do momento em que se realizarão os investimentos. Com essa programação prévia, os acionistas da concessionária, enquanto ainda participantes da licitação, conseguem dimensionar a tarifa (e o pagamento público, se for uma PPP) necessária à amortização desses investimentos, considerando, inclusive, os investimentos a serem efetuados nos últimos anos do contrato.

Se houver obrigações de investimentos altos nos últimos anos do contrato – por exemplo, uma obrigação de construção de uma pista de um aeroporto no ano 25, de um contrato de 30 anos – a amortização desse investimento do ano 25 será diluído na tarifa (ou pagamento público) do prazo inteiro do contrato. Isso significa que os usuários estarão amortizando desde o princípio do contrato investimentos que serão feitos apenas nos seus últimos anos. O processo de amortização dos investimentos relevantes a serem realizados nos últimos anos do contrato começa a ser realizado, portanto, muito antes até mesmo da realização desses investimentos.

Quando, contudo, utiliza-se contratos baseados em obrigações de desempenho, nos moldes dos Novos Contratos Federais de Concessão, esse procedimento simplesmente não é viável. É que nesses contratos geralmente as obrigações principais de investimento posteriores aos primeiros cinco anos de contrato são definidas por indicadores de serviço. O gatilho para a realização, por exemplo, do investimento em expansão de capacidade dessas infraestruturas é, assim, vinculado ao crescimento da demanda, o que torna incerto os momentos e também os valores dos investimentos a serem realizados.

Essa vinculação do concessionário a obrigações de desempenho, por meio da previsão contratual de indicadores de serviço, traz diversas vantagens para o Poder Concedente. Já enumerei essas vantagens em outro trabalho de minha autoria²² e, por isso, não o farei novamente aqui. Mas esse modelo de contrato certamente não é compatível com uma regra rígida de amortização forçada de todos os investimentos ao termo do contrato, particularmente se não for utilizado um plano de negócios como instrumento para regular a concessão.

É que se ocorrer de inesperadamente²³ o gatilho para um grande investimento se materializar no final do contrato e não houver tempo hábil para a amortização desse investimento no prazo restante do contrato, e se não houver – como não há nos Novos Contratos Federais de Concessão – a possibilidade de indenização por investimentos não amortizados ao termo do contrato, na prática, o concessionário simplesmente não vai realizar esse investimento, ou vai realizá-lo apenas no que for compatível com o prazo restante do contrato, ou, ainda, vai solicitar que o contrato seja reequilibrado para realização do investimento, pleito esse que será negado porque esses contratos não preveem essa hipótese de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Na prática,

²² Ribeiro, Mauricio Portugal, *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, Editora Atlas, São Paulo, em 2011, Capítulo XIII.

²³ Inesperadamente em relação ao plano de negócios elaborado pela concessionária, mas não disponibilizado nesse caso ao Poder Concedente.

o mais provável é que o investimento não seja realizado e que o usuário termine sendo o grande prejudicado.

Nesse contexto, o concessionário enfrentará a escolha entre:

(a) descumprir um indicador de serviço do contrato – cujo cumprimento requer a realização do investimento para acomodação da capacidade da infraestrutura à demanda – com risco de sofrer penalidades a serem impostas pela agência reguladora; ou

(b) realizar o investimento para cumprir o indicador de serviço, sabendo que esse investimento não será amortizado no prazo do contrato, que não receberá qualquer indenização pelo investimento não amortizado, mas que a realização do investimento evitará a aplicação da penalidade por descumprimento do indicador de serviço acima mencionado.

Certamente, concessionários colocados diante dessa situação tenderão a agir de forma racional, verificando qual entre as duas escolhas gerará perdas menores.

Apesar de me parecer improvável esse cenário, se a penalidade pelo descumprimento dos indicadores for altíssima, talvez haja incentivo para que o concessionário realize o investimento.

De qualquer modo, o que me parece certo é que em contratos de concessão ou PPP flexíveis e vinculados a obrigações de desempenho, faria muito mais sentido, da perspectiva econômica, permitir a possibilidade de indenização por investimentos não amortizados ao termo do contrato, especialmente para casos em que os gatilhos de demanda sejam atingidos nos anos finais do contrato e que não faça sentido esperar para incluir esses investimentos no próximo contrato de concessão.²⁴

5. O sol tapado com a peneira

²⁴ Parece que subjacente à decisão de suprimir o direito à indenização por investimentos não amortizados está a ideia de que o crescimento da demanda até o atingimento do gatilho para o investimento por si remunera o concessionário pelo investimento a ser realizado. Essa ideia, contudo, raramente corresponde à realidade, e quando corresponde é por acidente. Cada setor e cada projeto de infraestrutura tem suas peculiaridades. O comportamento da demanda e dos custos de investimento tem especificidades, que dificultam em muito validar genericamente uma ideia desse tipo.

Quando daqui a 20 anos – a 5 anos do término dos contratos de concessão de infraestrutura recentemente celebrados²⁵ – forem atingidos gatilhos de demanda que exijam investimentos relevantes, esses contratos terão que ser renegociados para prever alguma forma de amortização desses investimentos.

Contudo, como os gestores públicos estão cada vez menos livres, cada vez mais de mãos atadas pelos órgãos de controle para realizar qualquer negociação (mesmo aquelas necessárias para a satisfação do interesse público), o mais provável é que o investimento necessário a atender o interesse dos usuários simplesmente não se realize no prazo desses contratos. O sol, tapado com a peneira, revelará, então, seu poder de queimar.

Mas o que importa? As queimaduras aparecerão daqui a 20 anos. Muitos de nós não estarão mais por aqui.

E tudo isso me lembra uma frase, que não sei a origem, mas que meu pai sempre repetia:

“– Para todo problema complexo há uma solução simples. Mas ela, filho, muitas vezes, está errada.”

²⁵ Como ocorre com os contratos de concessão dos aeroportos do Galeão e de Brasília, mas ressalta-se a vigência de 30 (trinta) anos dos contratos dos aeroportos de Confins e Campinas e das rodovias federais BR-050, BR-163/MT, BR-163/MS e BR-060/153/262/DF/GO/MG; e de 20 anos do aeroporto de Guarulhos.