

## **Concessões e PPPs: o que temos a aprender com o falso cumprimento dos contratos?**

**Mauricio Portugal Ribeiro\***

Um dos problemas mais centrais dos contratos de concessão e PPP da atualidade é o falso cumprimento de contratos.

Empresas ganham contratos de concessões por preços magicamente baixos, ocupam os noticiários como vencedores e como portadores de boas notícias a usuários e aos Governos, que supostamente pagarão surpreendentemente menos do que esperavam pelos serviços. Mas, dois anos depois, o suposto sucesso do leilão é desmascarado na incapacidade do concessionário de fazer os investimentos e na péssima qualidade da prestação do serviço ao usuário.

Em relação a esse tema, os 7 lotes de concessão rodoviária, licitados pelo Governo Federal em 2007, são emblemáticos. As tarifas extremamente baixas, resultantes do leilão, foram anunciadas na época como um grande sucesso do Governo.

A promessa, contudo, de investimentos e melhores serviços não foi cumprida. Até o presente, os grandes investimentos, por exemplo, na expansão de capacidade da Rodovia Regis Bittencourt na Região da Serra do Cafetal não foram feitos, e o assunto tem gerado desde então repercussão negativa na mídia e um jogo de empurra da responsabilidade entre concessionário, órgãos ambientais, agência reguladora (a ANTT) e o Governo.

Em meados de 2011, a discussão em torno do descumprimento dos contratos de concessão dos 7 lotes de 2007 levou o TCU a realizar uma auditoria no contrato de concessão relativo às rodovias BR-101/SC e BR-116/376/PR, no trecho entre Florianópolis e Curitiba (processo TC nº 005.534/2011-9). Essa auditoria documentou uma série de descumprimentos dos contratos e levantou suspeitas sobre a leniência e conivência de agentes públicos responsáveis pela fiscalização, que além de não aplicarem as multas devidas, ainda promoveram aumentos indevidos das tarifas.

O processo de fiscalização ainda está em curso, particularmente no que diz respeito à responsabilização dos agentes públicos e, por isso, é preciso cuidado ao falar desse tema para não sermos injustos, condenando publicamente agentes públicos que não tiveram ainda oportunidade de se defender. Há, contudo, desde dezembro de 2012 uma determinação do

\* Especialista na estruturação e regulação de concessões e PPPs, sócio do Portugal Ribeiro & Navarro Prado Advogados, Professor de Direito de Infraestrutura da FGV-Rio, autor de vários livros e artigos sobre melhores práticas na estruturação de concessões e PPPs.

TCU à ANTT para correção dos erros nos cálculos tarifários e aplicação de multas ao concessionário, inclusive a multa por atraso na realização do investimento na implantação do contorno rodoviário de Florianópolis.

Os casos acima citados são apenas exemplos. O foco desse texto é saber o que podemos aprender com a experiência de falso cumprimento de contratos, particularmente nesse momento em que o Governo Federal brasileiro e diversos governos estaduais pretendem fazer tantos investimentos sob a forma de concessão ou PPP?

O descumprimento de contratos de concessão não é um fenômeno novo no mundo. E os remédios a serem adotados contra esse mal dependem do tipo de descumprimento.

Há descumprimentos que resultam da imprevidência, sem má-fé, dos participantes do leilão. É o fenômeno chamado de “maldição do vencedor”. Ocorre quando participantes do leilão, deslumbrados com alguma circunstância específica ou desinformados sobre os reais custos para implantar e operar um projeto, fazem propostas que depois descobrem ser inviáveis.

Outras vezes – e esse parece ser o caso do Brasil – o descumprimento é evento planejado por empresas que já entram na licitação contando com a leniência ou conivência do órgão fiscalizador, e com a lentidão e resistência do governo de decretar a caducidade de contratos de concessão descumpridos (pelo temor de assumir o ônus político do insucesso da concessão).

Nesse contexto, ocorrem os falsos cumprimentos de contrato: o concessionário finge que cumpre o contrato, se negando, contudo, a realizar os investimentos necessários à prestação do serviço com a qualidade prevista no contrato. Segue auferindo as receitas tarifárias e administrando no varejo as acusações de descumprimento do contrato, usando muitas vezes, vezes marotos para culpar os órgãos ambientais, o regulador, o governo, e o acaso pelos problemas na prestação dos serviços. Isso geralmente acontece em concessões de projetos *brownfield* (isto é que já estão implantados, como rodovias e aeroportos existentes quando da licitação), nos quais é possível iniciar a cobrança de tarifas antes de realizar grandes investimentos.

O pretexto mais utilizado para o descumprimento dos prazos é a falta da licença ambiental. Culpa-se, assim, o “radicalismo dos órgãos ambientais” pelo atraso na realização das obras. Para isso, o ardil já empregado no passado é o concessionário causar o atraso no próprio processo de licenciamento, seja pela não realização dos estudos ambientais requeridos, seja por não trazer ao processo de licenciamento os documentos exigidos.

O que fazer para evitar que isso aconteça novamente nos novos projetos de concessão rodoviária, aeroportuária, ferroviária ou outros?

Para começar, é preciso que as licitações efetivamente cortem os incapazes de prestar o serviço. Isso implica em limitar a competição de preço, para que ela se realize apenas entre empresas capazes de prestar o serviço.

Exigências reais de capacidade financeira e de habilitação técnica devem ser consideradas atentamente. Tem sido comum, em licitações de concessão, se exigir a apresentação pelos

participantes da comprovação de patrimônio líquido mínimo, mas sem exigir que os balanços e demonstrações financeiras sejam auditados, o que dá margem ao fácil falseamento do valor do patrimônio líquido. Esse tipo de imperícia tem que ser coibida.

A hipótese de aporte em dinheiro na concessionária, por exemplo, de uma vez ou mais o valor do investimento do primeiro ano (o normal é em torno de 10% desse valor), como condição de assinatura do contrato de concessão – com possibilidade de redução do capital social quando do fechamento do financiamento do longo prazo – deve ser considerado, mesmo que isso implique em aumento do custo financeiro global do projeto.

A exigência de fechamento do contrato de financiamento ponte para os investimentos antes da assinatura do contrato de concessão também é uma medida que deve ser considerada, pois a obtenção do financiamento demonstra que o vencedor da licitação foi capaz de dar ao financiador as garantias necessárias ou comprovou a sua capacidade de repagamento do empréstimo.

A entrega de garantias de cumprimento de contrato, como condição de sua assinatura, com valores elevados e com exigências específicas em relação aos seus emissores (níveis de *rating* dimensão da empresa, cláusulas especiais etc.) são também algo indispensável para que o vencedor da licitação tenha que ir ao mercado antes da assinatura do contrato de concessão e obter instrumentos que só serão emitidos se ele efetivamente tiver pujança financeira para dar cabo do projeto.

Além disso, empresas que ganharam concessões e não realizaram investimentos e, pelo menos, suas controladoras deveriam ficar impedidas de participar de novas licitações. Isso pode ser feito já nos novos editais, mas para evitar questionamentos, isso poderia ser reforçado por mudança da lei que permitisse fazê-lo de modo sistemático.

Além de tudo isso, é preciso revisitar algumas questões estruturais para fortalecer as agências reguladoras. Entre outros, é preciso reduzir o prazo de vacância dos cargos de direção superior (e estou considerando também como vacância a nomeação de diretores interinos por Decreto, demissíveis a qualquer tempo, e, que, portanto, não têm como gozar da independência necessária para tomada das decisões); nomear especialistas reputados para compor esses órgãos (acabando tanto com a distribuição meramente política de cargos, quanto com a nomeação de técnicos subservientes).

Ademais, é preciso revisitar, com mudanças legislativas ou até constitucionais, o tema da independência financeira e administrativa das agências, permitindo que elas tenham acesso às taxas de fiscalização que arrecadam independentemente da alocação orçamentária anual, acabando com os cortes orçamentários e garantindo às agências flexibilidade para contratação tanto de agentes públicos concursados quanto do apoio externo que se fizer necessário para a realização da regulação e da fiscalização.

Isso é uma pauta mínima, que parece distante da realidade. Mas, como vários dos temas acima mencionados podem ser definidos nos editais e contratos, há esperança que os próximos editais de concessões sejam portadores de algumas boas notícias. Dessa vez, para os usuários.