

## SUMÁRIO EXECUTIVO DO ARTIGO

### *“PPP Mais” e o regime dos contratos de concessão e PPP: erros, acertos e oportunidades que não deveriam ser perdidas*

Maurício Portugal Ribeiro

O artigo analisa dispositivos sobre o regime dos contratos de concessão e PPPs previstos em anteprojeto de lei (“Anteprojeto”) destinado a reger a implantação e operação de projetos a serem enquadrados no programa de PPP Mais, que é um programa liderado pelo Ministério da Fazenda para implantação e operação de infraestruturas de interesse estratégico nacional.

O marco legal brasileiro atual sobre concessões e PPPs já provou ser de boa qualidade, na medida em que viabilizou a implantação de diversos projetos de interesse público, com a qualidade e eficiência esperadas.

Apesar disso, o marco legal poderia ser melhorado em vários aspectos. O momento político do país, contudo, parece extremamente inoportuno para isso. Há risco de, por exemplo, por mera retaliação política, inserir-se dispositivos no marco legal que inviabilizem ou tornem mais difícil a realização de concessões e PPPs.

Se o Governo quiser preservar a sua reputação como contratante de concessões, o mais importante nesse momento é garantir que as condições de financiamento disponibilizadas pelos bancos públicos para os projetos de concessão de rodovias federais sejam efetivamente cumpridas. Claramente, o setor está preocupado com as diretrizes que o BNDES pretende seguir nesses financiamentos. Aparentemente, as diretrizes propostas alteram substancialmente as condições econômicas e financeiras dos investimentos dos acionistas nessas concessões.

Se, supondo que a situação política se normalize, fôssemos realizar alterações no marco legal das concessões e PPPs, pelo menos as seguintes sugestões deveriam ser consideradas:

- a) O contrato deve tanto quanto possível alocar os riscos à parte que possa gerenciá-los de forma menos custosa;

- b) Os riscos relativos a eventos controláveis ou controlados pelo Poder Concedente devem ser atribuídos ao Poder Concedente;
- c) Riscos não controláveis pelas partes, e que não possam ser objeto de seguros a preços considerados razoáveis, devem ser atribuídos ao Poder Concedente;
- d) O processo de reequilíbrio dos contratos deve colocar as partes em condições econômicas e financeiras o mais semelhante possível às que tinham antes da ocorrência do evento causador do desequilíbrio do contrato;
- e) As partes têm direito a reequilíbrios completos (econômicos e financeiros) e somente por acordo entre as partes é admitido o reequilíbrio parcial ou incompleto do contrato.
- f) Os reequilíbrios pela ocorrência de eventos que afetam econômica ou financeiramente uma das partes do contrato, mas que são riscos assumidos por outra parte do contrato deveriam se basear nas premissas de plano de negócios apresentado pelo concessionário e aprovado pelo Poder Concedente e/ou agência reguladora como condição de assinatura do contrato;
- g) Estabelecer consequências para o descumprimento dos prazos para decisão administrativa sobre pleitos de reequilíbrio, estabelecendo, por exemplo, a possibilidade – como o fazem os contratos de concessão do Estado do Rio de Janeiro – de, em caso de silêncio da Administração Pública, o concessionário, mediante ampla divulgação aos usuários, praticar a tarifa que reequilibra o contrato;
- h) Deixar claro que o atraso na emissão de licenças e autorizações necessárias à implantação e operação de projetos de infraestrutura gera direito de reequilíbrio do contrato em favor do concessionário, mesmo que a sua emissão não seja de responsabilidade de órgãos e entidades do Poder Concedente e desde que o concessionário tenha agido com diligência;
- i) A possibilidade de utilização da arbitragem para quaisquer questões econômico-financeiras da relação entre Poder Concedente e Concessionária;
- j) A definição por lei que todas as questões que afetem aspectos econômico-financeiros do contrato são consideradas direitos patrimoniais disponíveis e podem ser submetidas à arbitragem, independentemente da sua relação com o interesse público;
- k) A programação da expansão de infraestrutura ou da construção de novas infraestruturas deverá estar vinculada necessariamente ao atendimento de níveis de qualidade e quantidade estabelecidos pelo Poder Concedente, considerando estimativas de demanda que sigam as melhores técnicas que razoavelmente possam ser aplicadas no setor específico do projeto – o objetivo da inclusão desse princípio ou diretriz é evitar

as expansões desnecessárias de infraestrutura que foram incluídas nas últimas concessões apenas “para deixar um legado” nesses setores;

- l) Os subsídios públicos a serem realizados nesses projetos devem ser preferencialmente realizados por meio de pagamento direto em pecúnia do Poder Concedente ao Concessionário. O objetivo dessa diretriz é evitar as diversas formas de subsídios pouco transparentes que foram utilizados pelo Governo Federal nas últimas concessões e que estão contribuindo para a atual situação fiscal do país. Como comentei no artigo acessível no seguinte [link](#)<sup>1</sup>, nas concessões de rodovias e aeroportos realizadas entre 2012 e 2014, foram realizados subsídios por diversos meios particularmente por meio do financiamento subsidiado, inclusão de obras a serem feitas por órgãos públicos nas áreas concedidas, e participação de estatais no capital das SPEs;
- m) Todos os subsídios públicos e compromissos de pagamento aos concessionários, inclusive aqueles implícitos no financiamento feito por entidades estatais, ou realizados por outros órgãos ou entidades estatais, devem ser evidenciados e analisados a luz das metas fiscais previstas nos anexos a LDO – o objetivo disso é aumentar a transparência e o controle sobre os subsídios dados em concessões e evidenciar o custo global da concessão.
- n) Permitir que receitas patrimoniais da União sejam vinculadas, por meio de contratos de penhor ou cessão fiduciária de recebíveis, para efeito de pagamento de aportes, contraprestações ou outras dívidas contratuais do Poder Concedente, ou para garantia de pagamentos públicos nos contratos de concessão ou PPP que a União vier a firmar.

Dessas sugestões, a única acolhida pelo Anteprojeto é a do item “i” acima.

Em relação aos dispositivos constantes do Anteprojeto, os seguintes devem ser suprimidos por equívocos, ou por piorarem o ambiente de negócios, ou aumentarem os riscos regulatórios: inciso III, IV, IX, alínea “b”, do inciso X, alínea “a”, “d”, e “e”, do inciso XI, inciso XII, XIV, XV, XVI, e XIX, todos do artigo 22, do Anteprojeto.

As alterações no marco legal vigente propostas pelo Anteprojeto nos seguintes dispositivos devem ser mantidas, ou na sua íntegra ou com aperfeiçoamentos pontuais indicados no texto a seguir: *caput*, inciso I, II, V, VI, VII, VIII, alíneas “a” e “c” a “e”, do inciso X, alínea “c” do inciso XI, XIII, XVII e XVIII, XX, XXI, XXII e XXIII, todos do artigo 22, do Anteprojeto.

Como várias das regras sobre regime dos contratos criadas pelo Anteprojeto apenas dão desdobramento a regras já existentes ou criam instrumentos que facilitam a gestão contratual, não há razão para que essas regras não sejam aplicadas aos contratos em curso.

---

<sup>1</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos. Disponível em < <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-precisa-mudar-no-pil-final-publicado-em?related=1>>

O Anteprojeto implica, do modo como está redigido, assumir que as agências reguladoras perderam sua independência e credibilidade, o que é uma realidade. O custo para o país em reestabelecer essa credibilidade será altíssimo e, no curto prazo, será necessário mover para terceiros independentes, pareceristas, auditores e árbitros decisões importantes sobre os contratos de concessão e PPP. O Anteprojeto estabelece regras sobre isso.

Todavia, nessa linha, é um equívoco o Anteprojeto atribuir ao Conselho do PPP Mais decisões sobre a identidade de pareceristas e auditores quando a Administração Pública e o concessionário divergirem sobre isso. A experiência recente em torno da gestão das agências reguladoras mostra ser ingenuidade imaginar que o Conselho de PPP Mais, cujos membros serão definidos pelo Governo, terá independência em relação ao Governo para tomar essas decisões.

## **“PPP Mais” e o regime dos contratos de concessão e PPP: erros, acertos e oportunidades que não deveriam ser perdidas<sup>2</sup>**

**Mauricio Portugal Ribeiro<sup>3</sup>**

### **1. Introdução**

---

<sup>2</sup> A minha exposição, no dia 08/12/2015 no Seminário sobre Mitigação de Riscos em Projetos de Concessão de Infraestrutura baseou-se em vários aspectos no texto da primeira versão do presente artigo. As discussões que tive nesse seminário com Joísa Dutra, Flavio Menezes, Rosario Macario, Elena Landau e Patricia Sampaio ajudaram, por isso, a aperfeiçoar alguns pontos desse artigo. Cabe um agradecimento especial a Joisa pela escolha dos participantes do seminário, que foi uma oportunidade extremamente interessante de debate dos temas aqui tratados.

Queria agradecer a Gabriela Engler pelas diversas sugestões de conteúdo e forma que fez no texto desse artigo. Gostaria, além disso, de agradecer a Ana Claudia Cunha Costa pela revisão de texto e ajuda na inclusão das referências em notas de rodapé.

Eventuais erros e omissões são exclusivamente de minha responsabilidade.

<sup>3</sup> Mauricio Portugal Ribeiro é advogado especializado na estruturação, licitação e regulação de contratos de Concessões e PPPs nos setores de infraestrutura, sócio do Portugal Ribeiro Advogados (mauricio@portugalribeiro.com.br), e autor, entre outros, dos livros “10 Anos da Lei de PPP, 20 Anos da Lei de Concessões”, publicado pela Revolução eBook, Rio de Janeiro, 2015, “Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos”, publicado pela Editora Atlas, São Paulo, em 2011 e “Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos”, publicado pela Malheiros Editores, São Paulo, 2011 (esse último em coautoria com Lucas Navarro Prado).

O presente artigo inicia uma série de 3 ou 4 textos que pretendo redigir com o objetivo de contribuir para o aperfeiçoamento do anteprojeto de lei (“Anteprojeto”) do, assim chamado, PPP Mais.

O PPP Mais é um programa desenvolvido sob liderança do Ministério da Fazenda com o objetivo de criar um regime especial para viabilizar projetos de infraestruturas de interesse estratégico nacional, inclusive por meio de concessões e PPPs.

Em vista do entendimento de que, para cumprimento desse objetivo, seria necessária mudança legislativa, o Ministério da Fazenda nomeou uma comissão de juristas para elaborar o Anteprojeto.

O Anteprojeto trata do regime de contrato e licitações para os projetos enquadrados no PPP Mais, cria uma empresa estatal para desenvolver os estudos para a modelagem dos projetos<sup>4</sup>, cria um regime especial para a contratação dos consultores que realizarão esses estudos<sup>5</sup>, e cria também mecanismos de coordenação entre órgãos e entidades públicas para a implantação desses projetos.

Em relação, particularmente, ao regime dos contratos, é possível perceber pelo menos 2 linhas de tentativa de mudança:

- (a) Transferir decisões sobre aspectos centrais do acompanhamento e fiscalização dos contratos das agências reguladoras – que há muito perderam as condições institucionais de independência, conforme eu já tinha mencionado no estudo disponível no seguinte [link](#)<sup>6</sup> – para pessoas de caráter privado independentes das partes do contrato, utilizando, inclusive, quando for o caso, decisões arbitrais. Essa linha me parece extremamente benéfica para o ambiente de negócios das concessões e PPPs;
- (b) Limitar a realização de aditivos aos contratos de concessão e PPP e fortalecer a exigência de execução dos contratos conforme celebrados (*pacta sunt servanda*). Analisando as mudanças propostas no Anteprojeto, a impressão que fiquei é que essa linha de mudança parte, aparentemente, de um diagnóstico e de uma visão sobre os problemas do ambiente de negócios das concessões e PPPs, na minha opinião, equivocado, e, portanto, os efeitos das mudanças propostas serão, em alguns casos muito aquém do que se espera, e, em outros casos, os efeitos serão exatamente o inverso do esperado;

Essas linhas de mudança parecem ter como objetivo maior melhorar o ambiente de negócios, reduzir o risco regulatório e, dessa forma, viabilizar maior participação nas licitações desses projetos, atraindo empresas que não tem participado de licitações desse tipo no Brasil nos últimos anos, como por exemplo, empresas internacionais, dos setores de infraestrutura, mas também de

---

<sup>4</sup> A EBP – Estruturadora Brasileira de Projetos, empresa privada, que tinha participação relevante do BNDES e um acordo de cooperação técnica com o BNDES, era o principal instrumento da União para contratação de estudos para estruturação das suas concessões. Como o TCU considerou recentemente inválido o convênio entre a EBP e o BNDES, que lhe dava uma posição diferenciada para contratações por entes estatais, a União praticamente perdeu a EBP como instrumento para contratação das consultorias para modelagem dos projetos.

<sup>5</sup> Isso porque o regime de contratações previsto na Lei 8.666/93 é claramente inadequado para isso.

<sup>6</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal. Arbitragem, TCU e risco regulatório: se o TCU quiser contribuir para reduzir o risco regulatório precisa rever sua posição sobre arbitragem em contratos administrativos. Disponível em <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014>>.

outros setores, como o financeiro, e empresas nacionais de porte médio. Especialmente em relação às empresas internacionais é comum se dizer que há várias barreiras de entrada nas licitações e que o risco regulatório também as afasta do Brasil.

Entrarei em mais detalhes sobre esse objetivo de aumentar a participação nas licitações no artigo que escreverei sobre licitações. Mas acho importante assinalar que o objetivo de atrair novos participantes para as licitações de concessões e PPPs de infraestrutura – que certamente é nobre e desejável – é desenvolvido a reboque dos efeitos reputacionais, econômicos e financeiros das investigações da Operação Lava-Jato da Polícia Federal sobre as grandes empresas de infraestrutura do país, que em tese, no curto prazo, dificilmente vão ter interesse ou conseguir participar de grandes licitações. Portanto, ele se faz não apenas por uma disposição moralizatória – como alguns preferem caracterizar – mas também pela necessidade de criar, por assim dizer, um novo mercado para os projetos de infraestrutura enquanto os participantes tradicionais (e nos últimos anos praticamente os únicos<sup>7</sup> que tinham disposição de correr o crescente risco regulatório no âmbito do Governo Federal) das licitações se encontram em dificuldades.

Nas linhas a seguir, pretendo tratar dos seguintes temas:

- (a) comentário sobre a necessidade e o momento inoportuno para se promover mudanças legislativas no mundo das concessões e PPPs;
- (b) o que o Governo Federal deveria estar fazendo nesse momento para preservar a sua reputação como contratante de concessões e PPPs nos setores de infraestrutura;
- (c) o que seria necessário incluir no Anteprojeto para melhorar o ambiente de negócios e reduzir o risco regulatório;
- (d) o erro de supor que o Conselho do PPP Mais será independente para tomar decisões relevantes sobre os contratos;
- (e) a natureza de “solução circunstancial” e não “estrutural” das medidas propostas pelo Anteprojeto em relação ao regime dos contratos;
- (f) comentários a cada um dos artigos do Anteprojeto relativos a regime dos contratos de concessão e PPP, mostrando as suas insuficiências e deficiências e sugerindo alterações para torna-los mais aptos para atingir seus objetivos;
- (g) nota sobre a possibilidade e conveniência de aplicação do regime dos contratos previsto no Anteprojeto a todas as concessões e PPPs, inclusive as em curso;

---

<sup>7</sup> Geralmente, as licitações de concessão de infraestruturas aeroportuárias são usadas como exemplo de ampla participação internacional nas licitações de infraestrutura federais. Notem, contudo, que praticamente em todos os casos, a participação internacional se deu em consórcio com uma empresa grande ou média de infraestrutura locais, sendo que as propostas vencedoras nas licitações envolviam sempre grandes empresas de infraestrutura locais.

- (h) nota sobre o custo para o país da desestruturação das condições institucionais de independência das agências reguladoras e da perda de credibilidade das políticas do Governo Federal para os setores de infraestrutura.

## 2. Necessidade das mudanças e sua oportunidade

Em primeiro lugar, creio que o marco legal atual das concessões e PPPs já provou que não é obstáculo para a implantação e operação de projetos com eficiência.

Os principais problemas que temos atualmente no mundo das concessões e PPPs não se encontram no marco legal, mas, no modo como ele é aplicado, particularmente na estruturação dos editais e contratos, e na gestão e regulação dos contratos.

Em relação à estruturação de editais e contratos, os problemas podem ser resolvidos facilmente. Basta corrigi-los nos próximos editais e contratos. Com objetivo de mapear esses erros, recentemente publiquei artigo sobre o que considero os principais erros das concessões realizadas recentemente pelo Governo Federal (esse artigo pode ser acessado nesse [link](#)<sup>8</sup>). Por conta dos efeitos miméticos das ações do Governo Federal sobre Estados e Municípios, vários deles reproduziram os erros.

No que toca aos problemas de gestão, regulação, fiscalização e acompanhamento dos contratos, eles são mais difíceis de se resolver. Primeiro porque, na minha avaliação, o principal problema relativo à gestão dos contratos é a perda da independência das agências reguladoras e o perfil inadequado de diretores e conselheiros dessas agências. Uma parte desses problemas podem ser resolvidos por uma reengenharia institucional e mudanças no marco legal. Mas a qualidade dos quadros atraídos para as agências dificilmente vai mudar no curto prazo.

Nesse contexto, para lidar com a falta de independência das agências, parece que a única opção disponível nesse momento é aprofundar o processo de substituição dessas agências por decisões de terceiros independentes, pareceristas, auditores e árbitros. Para isso, sem dúvida, é necessária a realização de mudanças legislativas.

Mas será que estamos em um momento oportuno para realizar essas mudanças legislativas?

Considerando que o Governo está extremamente fragilizado, com enorme dificuldade de conseguir aprovar as questões mais mezinhas no Congresso, será que tentar fazer alterações legislativas no marco legal sobre infraestruturas nesse ambiente não é algo inconveniente?

---

<sup>8</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. Novo pacote do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-precisa-mudar-no-pil-final-publicado-em>>



Será que não há o risco de, por troça ou retaliação política, ou ainda por outras razões não republicanas, incluir-se no projeto de lei dispositivos que tutelem interesses escusos, ou que simplesmente tornem extremamente difícil a realização das concessões e PPPs?

Em outras palavras, com o Governo tão frágil no Congresso, sem qualquer controle da sua agenda, será que o tiro não pode sair pela culatra?

Na minha opinião, o momento é inoportuno para tentar fazer mudanças legislativas mais abrangentes no mundo das concessões e PPPs.

A única mudança que eu faria – e, nesse caso por Medida Provisória e não por Projeto de Lei como se pretende fazer o PPP Mais – seria incluir na lei de arbitragem dispositivo que expressamente diga que todas as questões econômico-financeiras relativas a contratos com a Administração Pública configuram direito patrimonial disponível e podem ser objeto de arbitragem. Isso seria suficiente para superar os obstáculos maiores que temos para amplo uso da arbitragem nos contratos de concessão e PPP.

Mas dado que aparentemente o Ministério da Fazenda não está sensível a esse problema, vou a seguir supor que estamos em um ambiente político normal, e elencar as mudanças que me parecem necessárias.

**3. As regras sobre regime de contratos do PPP Mais não têm por objetivo corrigir problemas estruturais, mas viabilizar projetos de relevância nacional, apesar dos problemas estruturais que atingem as políticas para os setores de infraestrutura e as agências reguladoras**

No meu entendimento, em relação ao regime de contratos, especificamente em relação ao seu acompanhamento, gestão e regulação, o Anteprojeto não pretende resolver os problemas estruturais das políticas criadas para os setores de infraestrutura pela União e os problemas estruturais das agências reguladoras nos setores de infraestrutura, que são as causas principais da elevação do risco regulatório.

Para solução dos problemas estruturais seria preciso uma reengenharia institucional, que envolvesse entre outros, a realização de planejamento adequado para os setores de infraestrutura, a estabilização dos marcos normativos, e uma reforma profunda da estrutura das agências reguladoras, para reforçar as diversas dimensões da sua independência (política, administrativa e financeira).

O Anteprojeto, na minha opinião, tem por objetivo viabilizar projetos de infraestrutura de interesse nacional, apesar dos problemas estruturais que existem atualmente nos setores de infraestrutura.

Ciente disso, nas linhas a seguir, tentei analisar o PPP Mais como uma solução circunstancial desenhada em vista da necessidade de, no curto e médio prazo não parar os processos de implantação e operação de infraestruturas de interesse nacional, em um país já extremamente deficiente nessa área.

Evitei comparar as soluções circunstanciais propostas pelo PPP Mais para problemas que são estruturais com o ideal, que seria uma reforma profunda das instituições.

Fugi dessa regra apenas nas considerações que fiz no item 9 abaixo, que menciona o enorme custo para o país da perda da independência e da credibilidade das agências reguladoras e das políticas públicas do Governo Federal nos setores de infraestrutura.

**4. Se o Governo Federal quer fazer novas concessões, a ação mais importante é a preservação da reputação da União enquanto contratante de concessões e PPPs, o que depende do que ocorrerá nos financiamentos das concessões de rodovias licitadas em 2013 e 2014**

A ação mais importante que precisa ser adotada para preservar a reputação do Governo Federal em relação às concessões e PPPs é garantir que as condições de financiamento prometidas pelos bancos públicos, particularmente o BNDES, para as concessões de rodovias realizadas em 2013 e 2014 sejam cumpridas.

No momento atual, há uma enorme insegurança em relação ao cumprimento daquelas condições.

O BNDES anunciou para os concessionários que utilizará mecanismos (particularmente, o ajustamento para baixo das curvas de demanda, contingenciamento de valores, exigência de garantias corporativas – quando a promessa era fazer *Project Finance Limited/Non-Recourse*) que, apesar de aparentemente não descumprirem explicitamente os termos da carta que estabeleceu as condições de financiamento desses projetos para efeito de induzir os participantes das licitações a considera-las nas suas propostas, na prática, tem o efeito de reduzir a alavancagem dos projetos, impactando de forma relevante a taxa interna de retorno estimada dos acionistas dessas concessões.

Se a intenção é preservar o ambiente de negócios no mundo das concessões e PPPs, a ação mais importante que o Governo poderia ter nesse momento é preservar substancialmente as condições de financiamento desses projetos. A ação do Governo nesse momento, para dar cabo desse problema, é muito mais importante que discursos sobre a melhoria do ambiente de negócios ou comprometimento público com princípios que soarão sempre muito distantes da realidade se as ações necessárias não forem adotadas.

**5. O que precisaria ser mudado no regime dos contratos de concessão e PPP para melhorar o ambiente de negócios**

Em junho de 2015, por ocasião do lançamento pelo Governo Federal do PIL 2, publiquei um artigo apontando os 15 principais erros do Governo Dilma no mundo das concessões ou PPPs.

Esse artigo pode ser obtido no seguinte [link](#)<sup>9</sup>. Para começar, seria importante o Governo Federal corrigir os erros apontados naquele artigo. Mais que 10 erros podem ser corrigidos sem qualquer alteração legislativa, apenas com melhorias nos novos editais e contratos de concessão e PPP.

---

<sup>9</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos. Disponível em < <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-precisa-mudar-no-pil-final-publicado-em?related=1>>

Supondo, contudo, que faça sentido no momento atual fazer alterações legislativas, sugeriria a incorporação das seguintes regras, princípios e diretrizes ao nosso marco legal:

- a) O contrato deve tanto quanto possível alocar os riscos à parte que possa gerenciá-los de forma menos custosa;
- b) Os riscos relativos a eventos controláveis ou controlados pelo Poder Concedente devem ser atribuídos ao Poder Concedente;
- c) Riscos não controláveis pelas partes e que não possam ser objeto de seguros a preços considerados razoáveis devem ser atribuídos ao Poder Concedente;
- d) O processo de reequilíbrio dos contratos deve colocar as partes em condições econômicas e financeiras o mais semelhante possível às que tinham antes da ocorrência do evento causador do desequilíbrio do contrato;
- e) As partes têm direito a reequilíbrios completos (econômicos e financeiros) e somente por acordo entre as partes é admitido o reequilíbrio parcial ou incompleto do contrato.
- f) Os reequilíbrios pela ocorrência de eventos que afetam econômica ou financeiramente uma das partes do contrato, mas que são riscos assumidos por outra parte do contrato deveriam se basear nas premissas de plano de negócios apresentado pelo concessionário e aprovado pelo Poder Concedente e/ou agência reguladora como condição de assinatura do contrato;
- g) Estabelecer consequências para o descumprimento dos prazos para decisão administrativa sobre pleitos de reequilíbrio, estabelecendo, por exemplo, a possibilidade – como o fazem os contratos de concessão do Estado do Rio de Janeiro – de, em caso de silêncio da Administração Pública, o concessionário, mediante ampla divulgação aos usuários, pratique a tarifa que reequilibra o contrato;
- h) Deixar claro que o atraso na emissão de licenças e autorizações necessárias à implantação e operação de projetos de infraestrutura gera direito de reequilíbrio do contrato em favor do concessionário, mesmo que a sua emissão não seja de responsabilidade de órgãos e entidades do Poder Concedente e desde que o concessionário tenha agido com diligência;
- i) A possibilidade de utilização da arbitragem para quaisquer questões econômico-financeiras da relação entre Poder Concedente e Concessionária;
- j) A definição por lei que todas as questões que afetem aspectos econômico-financeiros do contrato são consideradas direitos patrimoniais disponíveis e podem ser submetidas à arbitragem, independentemente da sua relação com o interesse público;

- k) A programação da expansão de infraestrutura ou da construção de novas infraestruturas deverá estar vinculada necessariamente ao atendimento de níveis de qualidade e quantidade estabelecidos pelo Poder Concedente, considerando estimativas de demanda que sigam as melhores técnicas que razoavelmente possam ser aplicadas no setor específico do projeto – o objetivo da inclusão desse princípio ou diretriz é evitar as expansões desnecessárias de infraestrutura que foram incluídas nas últimas concessões apenas “para deixar um legado” nesses setores;
- l) Os subsídios públicos a serem realizados nesses projetos devem ser preferencialmente realizados por meio de pagamento direto em pecúnia do Poder Concedente ao Concessionário. O objetivo dessa diretriz é evitar as diversas formas de subsídios pouco transparentes que foram utilizados pelo Governo Federal nas últimas concessões e que estão contribuindo para a atual situação fiscal ruim do país. Como comentei no artigo acessível no seguinte [link<sup>10</sup>](#), nas concessões de rodovias e aeroportos realizadas entre 2012 e 2014, foram realizados subsídios por diversos meios particularmente por meio do financiamento subsidiado, inclusão de obras a serem feitas por órgãos públicos nas áreas concedidas, e participação de estatais no capital das SPEs;
- m) Todos os subsídios públicos e compromissos de pagamento aos concessionários, inclusive aqueles implícitos no financiamento feito por entidades estatais, ou realizados por outros órgãos ou entidades estatais, devem ser evidenciados e analisados a luz das metas fiscais previstas nos anexos a LDO – o objetivo disso é aumentar a transparência e o controle sobre os subsídios dados em concessões e evidenciar o custo global da concessão.
- n) Permitir que receitas patrimoniais da União sejam vinculadas, por meio de contratos de penhor ou cessão fiduciária de recebíveis, para efeito de pagamento de aportes, contraprestações ou outras dívidas contratuais do Poder Concedente, ou para garantia de pagamentos públicos nos contratos de concessão ou PPP que a União vier a firmar.

O único dos temas acima que foi tratado no Anteprojeto é o do item “i”).

## 6. O erro de supor que o Conselho do PPP Mais preservará sua independência

Como mencionei acima e comentei no subitem do item 7 abaixo, o Anteprojeto em várias oportunidades transfere para terceiros independentes (auditores, pareceristas, árbitros etc.) decisões sobre aspectos centrais do acompanhamento e fiscalização dos contratos das agências reguladoras – que há muito perderam as condições institucionais de independência, conforme já tinha mencionado no estudo disponível no seguinte [link<sup>11</sup>](#).

---

<sup>10</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos. Disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-precisa-mudar-no-pil-final-publicado-em?related=1>.

<sup>11</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. Arbitragem, TCU e risco regulatório: se o TCU quiser contribuir para reduzir o risco regulatório precisa rever sua posição sobre arbitragem em contratos administrativos. Disponível em <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014>>.

Ocorre que, em vários trechos do Anteprojeto, em caso de dissenso entre as Partes sobre a identidade desses auditores e pareceristas, atribui-se ao Conselho do PPP Mais a decisão sobre a escolha do parecerista ou auditor que resolverá, no âmbito administrativo, a questão.

O Conselho do PPP Mais será formado por 3 Ministros de Estado (da Casa Civil, da Fazenda e do Planejamento) e por 4 membros supostamente independentes. Em relação aos membros supostamente independentes, a única atividade conciliável com a participação no referido Conselho é a atividade acadêmica.<sup>12</sup>

O Anteprojeto supõe que o Conselho do PPP Mais – ao contrário das agências reguladoras – se manterá verdadeiramente independente das duas partes do contrato, da Administração Pública e do concessionário.

Na minha opinião, essa é uma pretensão que não considera o que vem ocorrendo nos últimos anos, particularmente no âmbito do Governo Federal.

O funcionamento das agências reguladoras nos últimos 10 anos traz lições relevantes sobre esse tema. Na sua origem, a suposição era de que os seus diretores, ou membros do conselho diretor seriam independentes.

Mas, de pouco em pouco, os últimos Governos nomearam ou pessoas claramente vinculadas à sua base política, ou técnicos que se dispunham a seguir os comandos do Governo. Em vários casos, foram, inclusive, suprimidas as condições institucionais de independência política dos diretores, com a nomeação de “Diretores Interinos”, sem mandato em franco descumprimento das leis de criação das respectivas agências.

A nossa história recente, portanto, na minha opinião, apoia a visão cética, de que os membros “independentes” indicados para o Conselho do PPP Mais serão provavelmente pessoas ligadas ao Governo (ainda que sua atividade principal seja apenas a acadêmica), que decidirão em relação a identidade de auditores e pareceristas conforme as visões do Governo.

Nesse contexto, em primeiro lugar, eu sugiro que seja suprimido esse poder de decisão do Conselho do PPP Mais sobre pareceristas ou auditores a emitirem opiniões sobre questões relativas à execução do contrato. Poderia manter, entretanto, esse Conselho para a tomada de decisões sobre carteira de projetos a serem licitados no PPP Mais etc.

Se nas situações mencionadas no Anteprojeto em que é necessária a definição de parecerista ou auditor não houver acordo sobre a identidade do parecerista ou auditor é porque a mera percepção das posições esperadas dos pareceristas e auditores já não permite acordo entre as partes. Lamentavelmente, nesse caso, será melhor partir direto para arbitragem para resolver o conflito. A indicação pelo Conselho do PPP Mais de parecerista ou auditor vai criar apenas mais uma instância pró-Governo que em nada contribuirá para melhorar o ambiente de negócios.

---

<sup>12</sup> Conforme artigo 3º, do Anteprojeto.

## **7. Comentários aos dispositivos do Anteprojeto relativos a regime dos contratos de concessão e PPP**

Na presente parte desse artigo, realizarei críticas e sugestões em relação a cada dispositivo previsto no Anteprojeto.

### **7.1. A busca de aplicar melhores práticas no regime dos contratos e da intervenção mínima**

O *caput* do artigo 22, do Anteprojeto determina a observância de melhores práticas na modelagem dos projetos e estabelece os princípios aplicáveis ao PPP Mais.

Essa enunciação genérica da necessidade de observância de melhores práticas, na minha opinião, será inócua no curto prazo.

Mas acho importante a legislação estabelecer como diretriz que os agentes públicos encarregados de estruturar concessões e PPPs devem buscar seguir e desenvolver melhores práticas, por vários anos.

Vale notar que seguir melhores práticas é um enorme desafio. Requer dos agentes públicos conhecimento teórico e prático dos temas, o que só se adquire com a vivência e estudo dos problemas.

Por isso, a formação de quadros, que possam seguir e contribuir para o desenvolvimento de melhores práticas, é um processo longo, mas é desejável e a Administração Pública deve investir nisso.

Note-se que em vários casos, mesmo regras consolidadas e de amplo conhecimento dos especialistas sobre melhores práticas, como por exemplo, as regras de distribuição eficiente de riscos, tem sido ignoradas, mesmo no âmbito do Governo Federal, onde supostamente os projetos são elaborados por técnicos e consultores sofisticados.

Em relação à distribuição de riscos contratuais, já há mais de 10 anos que é algo absolutamente consolidado que os riscos devem ser atribuídos às partes que podem melhor (ou seja, por mais baixo custo) gerenciar os eventos gravosos relativos aos respectivos riscos, evitando a sua ocorrência ou os remediando, quando a ocorrência for inevitável.

Tanto nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, quanto nos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária celebrados entre 2012 e 2014 foram atribuídos aos concessionários riscos controlados direta ou indiretamente pelo Poder Concedente. Sobre isso,

escrevi em coautoria com Gabriela Engler o artigo publicado no seguinte [link](#)<sup>13</sup> sobre erros graves na distribuição de riscos nos mencionados contratos.

Nesses casos, creio que, melhor do que exigir que sejam seguidas melhores práticas – como o fez o Anteprojeto – seria criar regra exigindo que na elaboração dos contratos de concessão e PPP os riscos sobre eventos controlados por uma das partes sejam sempre atribuídos à parte que tem controle sobre eles. Já sugeri isso no item 5 acima.

Aliás, é importante assinalar que há diversas outras situações em que a melhor prática sobre o assunto já está consolidada e, por isso, seria viável incluir regra legal específica exigindo que os agentes públicos sigam essas práticas. Novamente, no item 5, indiquei várias sugestões de regras que poderiam ser adotadas e que decorrem da consolidação de melhores práticas em relação à estruturação de concessões e PPPs.

Em outros casos, a própria definição e a consolidação do que deveria ser melhores práticas ainda não se fez. Vejam, por exemplo, as cláusulas sobre extinção de contratos de concessão e PPP e sobre indenizações sobre investimentos não amortizados constantes das concessões recentemente licitadas no âmbito da União. O tratamento que foi dado ao tema das indenizações por investimentos não amortizados nesses contratos é produto de uma visão extremamente limitada dos problemas que ocorreram nos últimos anos no momento de extinção de contratos de concessão nos setores de águas e saneamento e, mais recentemente, no setor elétrico. Analisei alguns aspectos desse problema no artigo disponível no seguinte [link](#)<sup>14</sup>.

Em relação a essas situações em que ainda não se consolidou o que se consubstancia em melhores práticas, na minha opinião, a única forma normativa de lidar com elas é estabelecer uma regra genérica exigindo que se siga melhores práticas.

No que toca ao inciso I, acho extremamente interessante o estabelecimento do princípio da intervenção mínima, mas enquanto prevalecer o modo de pensar comum nos últimos Governos isso terá pouco impacto na prática.

De qualquer modo, acho importante a lei estabelecer que esse princípio se aplica a contratos de concessão e PPP.

## **7.2. A não possibilidade de condicionamento de obrigações à aprovação de projetos pelo Poder Concedente ou agência reguladora**

---

<sup>13</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal & PINTO, Gabriela M. Engler. *Concessões de aeroportos e de rodovias federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências*, disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/20140204-riscos-controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte-publicado>.

<sup>14</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *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?*, disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/proibicao-de-indenizacao-por-investimentos-nao-amortizados>.

O inciso II, do artigo 22, do Anteprojeto proíbe o condicionamento do cumprimento de obrigações à aprovação prévia de projetos pelo Poder Concedente, podendo o contrato prever para segurança das partes, a obtenção de parecer externo que trate da compatibilidade dos projetos com as obrigações contratuais do concessionário.

A ideia é boa.

De fato, a aprovação de projetos (isso é dos estudos de engenharia) pelo Poder Concedente ou agência reguladora após a contratação cria situações estranhas.

É que, se foi delegado ao concessionário a atribuição de elaborar o projeto, é possível que ele considere, na elaboração do seu projeto e nos custos de implantação previstos na sua proposta na licitação, premissas muito diferentes daquelas utilizadas pela agência reguladora ou pelo Poder Concedente.

É natural que os técnicos no âmbito do Poder Concedente ou agência reguladora tenham divergências em relação a aspectos dos estudos de engenharia apresentados à sua apreciação por concessionários.

Nesse contexto, se o Poder Concedente aprova o projeto, há risco de se interpretar que ele renunciou à possibilidade de questionamento posterior do concessionário, por conta, por exemplo, de eventual inadequação do projeto para atingir os seus fins.

Se a agência reguladora ou Poder Concedente, por outro lado, reprova o projeto e requer alterações nele, em primeiro lugar, geralmente há impacto sobre o prazo da execução da obra, o que muitas vezes cria problemas políticos, já que a data de entrega das obras tem, em alguns casos, impacto político. Isso por si, no contexto atual de agências pouco independentes, já gera incentivo para a agência não requerer alterações no projeto.

Além disso, a depender das alterações, elas podem, por exemplo, aumentar o custo da obra de implantação da infraestrutura ou atrasar o início da percepção de receitas pelo concessionário, o que vai abrir uma discussão sobre o eventual reequilíbrio do contrato.

Nesse contexto, parece-me ótima a ideia de remeter a análise dos projetos a pareceres de empresas e pessoas independentes.

É preciso notar, contudo, que empresas e pareceristas independentes e sérios exigirão prazos razoáveis para realizar a análise desses projetos. Isso significa incluir prazo adicional no ciclo de implantação dos projetos, o que vai enfrentar, em regra, resistência política.

De qualquer modo, isso me parece uma decisão acertada.

Parece-me, contudo, equivocado submeter ao Conselho do PPP Mais a decisão sobre a identidade do parecerista se não houver acordo entre as partes, pelas razões que já expliquei no item 6 acima.



### **7.3. A proibição do condicionamento de obrigações do contratado ao cumprimento de obrigações da Administração Pública**

O artigo 22, inciso III, do Anteprojeto proíbe o condicionamento de obrigações do contratado ao cumprimento de obrigações da Administração Pública, salvo se o Poder Público oferecer garantias financeiras suficientes da execução dessas obrigações.

A ambiguidade da noção de “garantia financeira” nesse dispositivo cria diversas possibilidades de interpretação do seu sentido.

Pode-se supor que “garantia financeira” se refere à disponibilidade de recursos pelo Poder Concedente para cumprir suas obrigações. Nesse caso, o objetivo do dispositivo seria evitar que o Poder Concedente se comprometesse a cumprir obrigações, das quais dependem obrigações dos concessionários, sem observar a necessidade de disponibilidade de recursos orçamentários para tanto.

Nesse caso, a crítica ao dispositivo seria que há diversas outras razões porque o Poder Concedente não consegue cumprir obrigações que são precedentes e condicionantes de obrigações do parceiro privado. Observem, por exemplo, nas concessões de rodovias federais recentes (3ª Etapa, Fase III, da ANTT) os casos em que o DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes ficou responsável por duplicar trechos de rodovias concedidas, que seriam, então, operados pelos concessionários. O atraso e o descumprimento das obrigações do DNIT não se deram por falta de recursos financeiros, mas por dificuldades na contratação e gestão das atividades necessárias à contratação.

Portanto, a exigência de garantias financeiras nesse sentido protege os concessionários dos descumprimentos de obrigações do Poder Concedente que se dão por insuficiência de recursos. Mas, apesar de eu não ter números sobre isso, ao menos até a atual crise econômico-financeira do país, a minha percepção é que, na grande maioria das vezes, os descumprimentos das obrigações do Poder Concedente em contratos de concessão e PPP ocorriam por outras razões, não por falta de recursos. Talvez isso mude com a crise econômico-financeira atual.

Aliás, em relação a essa interpretação da expressão “garantias financeiras” seria necessário definir como se daria a comprovação da disponibilidade financeira. Seria comprovação de disponibilidade de recursos em caixa para arcar com esses custos? Comprovação de haver autorização orçamentária para executar tais obrigações? Mas em muitos casos a despesa não se realizará no mesmo exercício da contratação. Então, nesses casos, a comprovação de disponibilidade de caixa no momento da contratação pode ser inócua e a comprovação da existência da autorização orçamentaria será viável apenas para o exercício seguinte, se o orçamento do exercício seguinte já estiver aprovado.

Enfim, se a interpretação do inciso III, do artigo 22, for que o Poder Concedente deve provar apenas disponibilidade de recursos financeiros para cumprir as obrigações, creio que esse dispositivo não terá efeitos muito relevantes.

Outra interpretação possível da expressão “*garantias financeiras suficientes da execução das obrigações*” é que ela se refere a outorga de garantias no sentido técnico-jurídico de cumprimento das obrigações, como, por exemplo, seguros-garantia de cumprimento de obrigações ou fiança bancária.

Ora, só faria sentido que essa interpretação fosse adotada se a intenção do dispositivo fosse atribuir ao concessionário, em caso de descumprimento pelo Poder Concedente das suas obrigações, a possibilidade de executar tais garantias, receber os recursos financeiros e utilizá-los para executar em lugar do Poder Concedente tais obrigações. Não está dito no dispositivo que o concessionário terá que executar obrigações atribuídas ao Poder Concedente, caso o Poder Concedente as descumpra. Mas, para que outra razão um Poder Concedente emitiria seguros-garantia e fianças bancárias do cumprimento de suas obrigações contratuais em favor de concessionário?

De qualquer modo, tudo indica que a interpretação esperada pelos redatores do Anteprojeto é a primeira, na qual a garantia financeira de cumprimento de obrigações aponta para disponibilidade de recursos financeiros e não para outorga de garantias no sentido técnico-jurídico pelo Poder Concedente em favor do concessionário.

Essa ambiguidade da redação do inciso III, do artigo 22, do Anteprojeto, já deixa clara a necessidade de ele ser, pelo menos, reformado.

De qualquer modo, mesmo sabendo que provavelmente a intenção dos redatores do Anteprojeto foi exigir a comprovação de disponibilidade financeira pelo Poder Concedente da sua capacidade de cumprimento das obrigações assumidas, nas linhas a seguir, suponho que o dispositivo exige a outorga de garantias financeiras no sentido técnico-jurídico para mostrar que se for essa a interpretação adotada, o inciso III, do artigo 22, ele produzirá, então, efeitos perversos, piorando o ambiente de negócios.

Em primeiro lugar, é preciso notar que, em vários casos, é indispensável o condicionamento do cumprimento de obrigações privadas ao cumprimento de obrigações públicas.

A ideia de que é possível simplesmente atribuir todas as atividades e riscos relativos à concessão e PPP aos concessionários era comum nos anos 1990. Mas os contratos de concessão e a teoria sobre eles se tornou mais complexa. Percebeu-se que a alocação de atribuições e de riscos deve ser feita considerando quem pode executá-las com o menor custo.

No caso de temas como as desapropriações, desocupações, riscos ambientais, remanejamento de interferências e questões relacionadas aos riscos geológicos, muitas vezes não há opção senão a alocação da atribuição de lidar com esses problemas e do respectivo risco ao Poder Concedente, sob pena, inclusive, de inviabilizar o projeto por não haver na iniciativa privada entidade disposta a tomar tais riscos ou se comprometer com a prestação das atribuições relativas a esses problemas. Essa consideração é mais importante ainda se o objetivo for atrair para as licitações empresas internacionais, que dificilmente assumiriam esse risco.

Por isso que os contratos atuais alocam as mais diversas obrigações (atribuições e riscos) às partes, condicionando muitas vezes a realização da prestação pelo concessionário à realização de prestações pelo Poder Público.

Considere-se, por exemplo, o caso de um contrato de PPP para implantação de linha de metrô em nível, no qual a atividade de realizar as desapropriações e desocupações em área urbana de alta densidade populacional seja alocada ao Poder Concedente, porque a percepção da iniciativa privada é de que seria muito difícil aos entes privados darem cabo dessa obrigação.

O Poder Concedente dimensiona as suas obrigações financeiras considerando os custos esperados de desapropriação e desocupação e obtém uma fiança de um banco de primeira linha que cubra essas obrigações.

Imagine-se que o Poder Concedente não consiga desapropriar alguns trechos, por problemas da mais diversa ordem, v.g., lentidão do Judiciário para a imissão na posse, dificuldades na gestão das atividades necessárias à desapropriação e desocupação. O Concessionário ficará então obrigado a executar a fiança bancária e realizar as desapropriações e desocupações em lugar do Poder Concedente.

Isso criará vários problemas e não necessariamente vai levar ao atingimento dos objetivos do dispositivo do Anteprojeto.

Em primeiro lugar, é possível que o fato do concessionário ficar obrigado a assumir a prestação do Poder Concedente não signifique que ele vá conseguir resolver o problema. É possível que ele assuma a obrigação de dar continuidade às desapropriações e desocupações e não consiga também fazê-las avançar.

Além disso, o próprio atraso nas desapropriações e desocupações exigirá que o concessionário re programe a obra, com aumento dos seus custos. Particularmente, ele terá que ficar mais tempo mobilizado, o que necessariamente leva a aumento do valor absoluto dos custos indiretos da obra. Ademais, talvez ele tenha que reprogramar o plano de ataque da obra, para lidar com o atraso na disponibilização dos imóveis para implantar determinados trechos da linha, o que também em regra resulta em aumento de custos.

Por fim, o custo de desapropriação e de desocupação das áreas será mais alto para o concessionário que para o Poder Concedente, por consequência da exigência dos financiadores de cumprimento dos Princípios do Equador (mesmo que o financiamento seja por meio de repasses de recursos do BNDES).

Junte-se a tudo isso que o atraso na implantação da obra resultante de toda essa situação levará ao adiamento do início da percepção de receitas pelo concessionário, com perdas relevantes para a sua rentabilidade estimada.

A descrição acima realizada já demonstra que dificilmente a garantia financeira obtida pelo Poder Concedente será capaz de cobrir o custo adicional do concessionário para executar sua prestação.

Difícilmente agentes públicos conseguiriam obter a aprovação dos órgãos de controle para uma garantia financeira com a dimensão que seria necessária para deixar o concessionário indene no momento em que ele é obrigado a tomar para si a execução das prestações que estavam alocadas no Poder Concedente.

E como eu disse antes: o fato do concessionário assumir a atividade de desapropriação não quer dizer que o problema será resolvido.

Nesse contexto, forçar o concessionário a executar a prestação do Poder Concedente seria um contrassenso.

O efeito prático dessa exigência seria aumentar de forma relevante o risco do concessionário, quando o objetivo do PPP Mais é melhorar o ambiente de negócios ao reduzir esse tipo de risco.

Na verdade, o que faria sentido é, por um lado, estimular a Administração Pública a estabelecer condicionamentos adequados. Por exemplo, se a obra só fosse iniciada depois de disponibilizadas todas as áreas livres e desimpedidas e se fosse exigido o fechamento do financiamento de longo prazo como condição para o início da obra, então as chances de problemas como os descritos acima acontecerem seriam bem menores. E, assim, ter-se-ia o efeito de melhorar o ambiente negocial.

Mesmo em situações menos complexas que a descrita acima, o mais provável, considerando o modo como geralmente as Administrações Públicas, particularmente a União, avaliam o custo de cumprimento das suas obrigações, é que elas subestimem tais custos e dimensionem o montante de garantias financeiras das suas obrigações com base nesses valores equivocados.

A subestimativa dos custos – que é uma manifestação do fenômeno comum e internacionalmente conhecido na literatura como “*Optimism Bias*” – no caso da União tem razões palpáveis: o temor da atuação dos órgãos de controle cria incentivos para os agentes públicos subestimarem esses custos.

Como os contratos de concessão são feitos pelo próprio Poder Concedente e são contratos de adesão é bem provável que esses custos subestimados para cumprimento das obrigações do Poder Concedente, e as garantias financeiras baseadas nesses valores, constem dos editais que forem à licitação.<sup>15-16</sup>

---

<sup>15</sup> Vale a pena lembrar que no caso das rodovias federais recentemente concedidas, em todos os casos, os custos de investimento estavam subestimados nos estudos de viabilidade realizados pelo Governo. O valor declarado pelos concessionários dos seus custos de investimento é substancialmente maior que o dos custos divulgados pelo Governo durante a licitação. As concessões só se tornaram viáveis porque os estudos dos concessionários apontaram para existência de demanda e/ou crescimento de demanda maior do que o estimado pelo Governo.

<sup>16</sup> Ocorre que, como essas garantias serão insuficientes, o mecanismo como um todo resultará apenas em exigir que o concessionário execute a sua obrigação e a do Poder Concedente, para a qual não haverá cobertura financeira suficiente. O resultado disso tudo é aumentar o risco regulatório. O concessionário será forçado a executar obrigações que não assumiu no contrato – sem cobertura financeira para tanto – juntamente com obrigações que assumiu, mas que estavam condicionadas ao cumprimento pelo Poder Concedente de determinadas obrigações.

Por fim, se a expressão a “garantias financeiras” for realmente interpretada no sentido de outorga de garantias no sentido técnico-jurídico, será preciso entender como seriam contratadas essas garantias por órgãos ou entes públicos, pois, em regime normal, a sua contratação no mercado requer a outorga de contragarantias pessoais ou reais dos tomadores, o que para vários órgãos e entidades da Administração Pública seria difícil de realizar. É preciso entender melhor qual seria o ente estatal a contratar essas garantias para saber sequer se é possível a contratação e a que regime a contratação dessas garantias estaria submetida.

Por último, acho importante assinalar que um dispositivo com o teor do artigo 22, inciso III, gerará incentivos e efeitos sobre a própria definição da alocação de riscos contratual.

A exigência de outorgar garantias financeiras sobre os riscos e atribuições alocadas à Administração Pública e a provável dificuldade da valoração do custo de cumprimento dessas obrigações e da obtenção das garantias financeiras levará os agentes públicos responsáveis pela modelagem dos projetos a alocarem aos concessionários riscos que – considerando melhores práticas – deveriam ser lançados sobre o Poder Concedente.

Em outras palavras, em vista das dificuldades de se obter as garantias financeiras do Poder Concedente, a solução prática será simplesmente alocar a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação ao concessionário.

Ora, isso contribuirá para termos contratos de concessão e PPP com ainda mais problemas e erros na alocação de riscos, isso é termos mais contratos com riscos não controláveis pelos concessionários e que não podem ser objeto de seguros alocados ao concessionário. Como já mostrei em diversos trabalhos, isso piora o ambiente de negócios e é, sem dúvida, algo contrário ao próprio objetivo do PPP. Mais de que sejam seguidas melhores práticas na estruturação dos contratos.

Enfim, diante de todo exposto, acho que melhor seria reformar profundamente (para resolver os problemas acima apontados) ou suprimir do Anteprojeto o inciso III, do artigo 22.

#### **7.4. O prazo máximo de 120 dias da assinatura para início da execução do contrato de concessão ou PPP**

O artigo 22, inciso IV, do Anteprojeto estabelece prazo máximo de 120 dias para início de execução do contrato, a partir da sua assinatura.

O objetivo do dispositivo parece ser evitar a dilação do início da execução do contrato. A intenção é, aparentemente, dar segurança às partes que não ocorram mudanças relevantes entre o momento da contratação e o momento em que contrato será executado.

Note-se que, nos contratos de concessão e PPP recentes, houve grande esforço de desenvolvimento de condições de eficácia. Esse desenvolvimento se deu (*i*) para encadear adequadamente e com segurança jurídica prestações sucessivas das partes, necessárias particularmente para implantação

de infraestruturas, e, ao mesmo tempo, (ii) para permitir a evolução do processo de contratação e de execução do contrato.

Por exemplo, em vários casos, o contrato de PPP foi assinado com condicionantes para o início da sua execução que diziam respeito desde a montagem da estrutura de garantia de pagamento público, até a elaboração dos projetos detalhados de engenharia e obtenção das licenças necessárias à implantação do projeto.

Essas atividades geralmente ocorrem em prazos superiores a 120 dias da assinatura do contrato. O normal é de 180 dias a um ano.

O prazo de 120 dias estabelecido no Anteprojeto forçará o cumprimento desses condicionamentos antes da assinatura do contrato. Na prática, significa apenas que a assinatura do contrato será adiada para um momento posterior, quando se tenha, então, clareza que será viável iniciar a sua execução em 120 dias.

Na minha opinião, o estabelecimento desse prazo não terá maior impacto sobre a execução dos contratos. As providências que não puderem ser adotadas nos 120 dias terão que ser deslocadas para o período de modelagem do projeto, ou o momento entre a adjudicação do contrato e a sua assinatura, sem maior impacto no prazo total de implantação do projeto.

O dispositivo, entretanto, me dá uma sensação de oportunidade perdida e de criação de uma formalidade sem muita utilidade.

Isso porque na experiência internacional, os contratos de concessão e PPP só são assinados após o fechamento do financiamento de longo prazo.

Isso é, por um lado, uma forma de proteger o Poder Concedente, pois os contratos só são assinados com empresas que já conseguiram o financiamento, ou seja, cuja proposta já passou pelo crivo dos financiadores. E, por outro lado, é uma proteção também do parceiro privado que não se vê obrigado a iniciar a execução do contrato com financiamentos de curto prazo, cujo custo é mais alto do que o financiamento de longo prazo, e sem a certeza sobre as condições e o momento de obtenção do financiamento de longo prazo.

O Anteprojeto poderia, ao invés de estabelecer esse prazo de 120 dias, exigir a adoção no Brasil dessa prática internacional, que, de fato, contribuiria para reduzir riscos para as partes do contrato.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Essa prática não prosperou entre nós porque, para viabilizar o enquadramento dos projetos no cronograma político, é conveniente que o concessionário seja forçado a iniciar imediatamente a execução do contrato de concessão, de modo a viabilizar a produção o quanto antes dos efeitos políticos do contrato. Mas, como a intenção, do PPP Mais seria criar estruturas institucionais para implantar “projetos de estado”, essas necessidades políticas de curto prazo poderiam ser deixadas de lado.

Para isso, o Anteprojeto deveria condicionar a assinatura do contrato de concessão à obtenção de financiamento de longo prazo pelo vencedor da licitação. Isso evitaria uma série de problemas que já tratei no artigo publicado nesse [link<sup>18</sup>](#) sobre o risco de financiamento em concessões e PPPs.

O dispositivo poderia prever ainda que, após decorrido o prazo estipulado no contrato, não inferior a 360 dias para fechamento do financiamento de longo prazo, se o contratado não tiver apresentado os contratos de financiamento de longo prazo assinados, o Poder Concedente poderá convocar o segundo colocado, nas condições de sua proposta, concedendo-lhe o mesmo prazo deferido ao primeiro colocado. Evidentemente que, se não for obtido financiamento no prazo que lhe for assinalado, o primeiro colocado deveria ficar sujeito a sanções graves, pelo menos multas e execução de garantias.

Note-se que já houve no Brasil edital que vinculou a eficácia de contrato de PPP à obtenção pelo concessionário do financiamento de longo prazo. Isso ocorreu na licitação da concessão administrativa das unidades básicas de saúde do Município de Belo Horizonte. Remeto o leitor interessado em mais detalhes sobre esse tema ao artigo disponível nesse [link<sup>19</sup>](#), que explica como esse mecanismo foi adotado no caso da licitação da concessão administrativa das unidades de saúde básica de Belo Horizonte.

#### **7.5. Proibição de que reajustes e revisões de pagamentos pecuniários ao concessionário sejam vinculados a fatores e fórmulas incertas cuja determinação dependa do exclusivo critério de uma das partes**

O artigo 22, inciso V, do Anteprojeto proíbe que as revisões e reajustes sejam vinculados a fórmulas e fatores incertos cuja determinação fique a cargo de uma das partes.

Essa disposição é essencial para reduzir o risco regulatório.

Observando a experiência recente de concessões e PPPs do Governo Federal, pode-se dizer que esse dispositivo, basicamente, elimina a possibilidade de:

- (a) utilização do fluxo de caixa marginal com taxa de desconto fixada *a posteriori* pela agência reguladora, como está previsto nos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária e aeroportuária licitados entre 2012 e 2014 pelo Governo Federal;
- (b) previsão de aplicação de Fator X em branco, isto é, sem a estipulação de qualquer metodologia para a sua aplicação, como está previsto nos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária, celebrados pelo Governo Federal, entre 2013 e 2014.

---

<sup>18</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal. Como lidar com o risco de financiamento de concessões e PPPs em períodos de normalidade e de crise. Disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/como-lidar-com-o-risco-de-financiamento-de-concessoes-e-ppps-em-perodos-de-normalidade-e-de-crise?related=1>

<sup>19</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal. Como lidar com o risco de financiamento de concessões e PPPs em períodos de normalidade e de crise. Disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/como-lidar-com-o-risco-de-financiamento-de-concessoes-e-ppps-em-perodos-de-normalidade-e-de-crise?related=1>

Diversas vezes eu já havia apontado o risco regulatório decorrente desses mecanismos. Fiz, particularmente, análise detalhada das péssimas consequências para o ambiente regulatório do uso do fluxo de caixa marginal com a estrutura mencionada acima. O artigo de minha autoria sobre isso pode ser encontrado neste [link<sup>20</sup>](#).

Note-se que ao prever nos contratos de concessão que a agência reguladora ou o Poder Concedente tinham o poder de determinar a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal *a posteriori* ou o poder de determinar *a posteriori* a metodologia para aplicação do Fator X, a União e suas agências reguladoras, na minha opinião, estavam substancialmente descumprindo o artigo 58, §1º, da Lei 8.666/93, que estabelece que as condições econômico-financeiras dos contratos administrativos não podem ser alteradas senão por acordo entre as partes. Então, a rigor, do ponto de vista estritamente jurídico – se fosse dado cumprimento às regras já existentes – seria desnecessário o artigo 22, inciso V, do Anteprojeto.

Mas como o senso comum jurídico que impera nas agências reguladoras muitas vezes não atenta para as consequências de regras que impõem limites à sua atuação, o artigo 58, §1º, da Lei 8.666/93 tem sido simplesmente ignorado.

Nesse contexto, o conteúdo do artigo 22, inciso V, do Anteprojeto é extremamente bem vindo e, certamente, contribuirá para reduzir o risco regulatório e assim melhorar o ambiente de negócios.

Ele poderia, contudo, ir um pouco além e dizer que as regras sobre equilíbrio econômico-financeiro do contrato devem ter como objetivo assegurar que a parte afetada por evento que não é risco seu seja, por meio do processo de reequilíbrio do contrato, colocada na mesma condição econômica e financeira que tinha antes da ocorrência do aludido evento.

#### **7.6. Proibição de alterar unilateralmente por razões de interesse público o direito do concessionário à percepção de pagamentos do Poder Concedente e dos usuários**

O artigo 22, inciso VI, do Anteprojeto estabelece proibição da Administração Pública unilateralmente, por interesse público, impedir, adiar ou reduzir os pagamentos (de tarifas, contraprestações, aportes etc.) devidos ao concessionário, salvo por decisão arbitral, e mediante compensação.

Duas intenções se manifestam claramente nesse dispositivo:

- (a) dar cumprimento ao §3º, do artigo 9º, da Lei Federal 8.987/95 que condicionava a alteração unilateral do contrato de concessão a reequilíbrio concomitante a essa alteração. Esse dispositivo em vários casos tem sido ignorado entre nós. O reforço trazido pelo artigo 22, inciso VI, do Anteprojeto é extremamente bem vindo.

---

<sup>20</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal. Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de caixa marginal. Disponível em <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/erros-e-acertos-no-uso-do-plano-de-negcios-e-da-metodologia-do-fluxo-de-caixa-marginal>>



- (b) retirar das agências reguladoras a decisão sobre aspectos econômico-financeiros relevantes do contrato. Dada a situação atual das agências reguladoras, como já mencionei antes, trata-se de uma excelente ideia.

O dispositivo parece querer evitar o que ocorreu pós-manifestações de 2013, quando vários Poderes Concedentes resolveram, em alguns casos sem nenhum fundamento defensável, suprimir reajustes de tarifas de diversos concessionários do setor de transporte.

O artigo 22, inciso VI, do Anteprojeto certamente melhorará o ambiente de negócios.

#### **7.7. Reajustes e revisões devem ser definidas por auditores independentes**

O artigo 22, inciso VII, do Anteprojeto diz que os cálculos dos reajustes, revisões aplicação de fatores de desempenho etc. devem ser feitos por auditor independente escolhido de comum acordo entre as partes.

E o artigo 22, inciso VIII exige que as partes observem na execução do contrato os números decorrentes da auditoria mencionada no inciso VII.<sup>21</sup>

Tira-se assim mais uma atribuição relevante das agências reguladoras, com o objetivo de garantir que as decisões sobre aspectos relevantes dos contratos sejam tomadas por agentes verdadeiramente independentes.

Ambos, os incisos VII e VIII, do artigo 22 do Anteprojeto me parecem extremamente benéficos para o ambiente de negócios, e de fato vão contribuir para reduzir o risco regulatório.

Todavia, como já mencionei no item 6 acima, parece-me um equívoco atribuir ao Conselho do PPP Mais a decisão sobre a identidade do auditor caso as partes não cheguem a acordo sobre isso.

#### **7.8. Proibição de uso da exceção de não cumprimento do contrato**

O artigo 22, inciso IX, do Anteprojeto estabelece que a parte não pode se eximir da execução das suas obrigações alegando o descumprimento por outras partes das suas respectivas obrigações.

Em outras palavras, o dispositivo busca proibir a utilização da exceção de não cumprimento do contrato.

Isso, na minha opinião, não faz sentido.

É importante, em primeiro lugar, lembrar que, ao contrário dos contratos de obra pública, onde o descumprimento pela Administração Pública das suas obrigações geralmente tem consequências apenas marginais sobre o contrato – podendo o contratado na grande maioria das vezes suspender

---

<sup>21</sup> No texto, na minha opinião, não está óbvia a conexão entre os dois dispositivos. Mas acho que essa é a interpretação mais razoável do inciso VIII.

sem grandes ônus a sua execução –, nos contratos de concessão e PPP, tanto a interrupção das obras quanto a sua continuidade sem que a Administração Pública cumpra as suas obrigações tem, geralmente, consequências extremamente gravosas.

Uma vez que o concessionário inicie os investimentos (que consubstancia processo de renúncia de liquidez), com ou sem a contratação de capital de terceiros, até mesmo a mera passagem do tempo aumenta o custo para a solução do problema criado pelo descumprimento das obrigações do Poder Concedente.

É que, como a remuneração de um concessionário em uma concessão ou PPP se dá por rentabilidade por unidade de tempo, qualquer atraso na realização das obras e, portanto, na percepção de receitas tem impacto relevante sobre a remuneração do concessionário.

Além disso, aumentos de custo decorrentes de descumprimentos do Poder Concedente podem inviabilizar o cumprimento pelo concessionário dos seus investimentos.

Imagine-se que, face ao aumento de custo de investimento que decorra da inação do Poder Concedente no cumprimento das suas obrigações, o concessionário não consiga financiamento adicional do projeto, e não tenha disponibilidade de capital próprio para lidar com a situação (vide o exemplo de contrato reequilibrado economicamente, mas desequilibrado financeiramente retratada no artigo disponível no seguinte [link<sup>22</sup>](#)).

Necessariamente, o concessionário terá que parar a execução do investimento por falta de recursos. Impedir, nesse caso, que ele possa alegar exceção de não cumprimento de contrato é um completo contrassenso.

Enfim, em contratos de concessão e PPP, o não cumprimento pelo Poder Concedente de obrigações relevantes podem ter enorme impacto sobre o cumprimento de obrigações do concessionário.

Quando essas situações acontecem é preciso administrá-las com muito cuidado para tentar minimizar o prejuízo para todas as partes. Nesse momento, exigências legais rígidas – por exemplo no sentido do cumprimento a qualquer custo do contrato pelo concessionário, ou no sentido oposto da obrigação de parar o investimento – se tornarão empecilhos que podem aumentar o custo de administração da situação. E essa conta terminará sendo paga pelos usuários e pelo Poder Concedente.

Por essas razões, o artigo 22, inciso IX, do Anteprojeto deve ser suprimido.

### **7.9. As novas regras sobre aditivos**

Aparentemente, o Anteprojeto tentou limitar a possibilidade de realização de aditivos.

---

<sup>22</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal. Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza equilíbrio econômico). Disponível em < <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/reequilbrios-incompletos-de-contratos-de-concesso-e-ppp>>

Parece ter adotado uma visão, comum entre agentes públicos federais (mas na minha opinião equivocada), de que um dos problemas principais dos contratos de concessão e PPP são as múltiplas possibilidades de modificação posterior à sua assinatura e de reequilíbrio do contrato.

Essa visão foi o que criou, no âmbito do RDC – Regime Diferenciado de Contratação, o §4º, do artigo 9º, da Lei Federal nº 12.462, de 2011, que proíbe aditivos no caso de contratação integrada, salvo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior, e para alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Como comentei em livro sobre o RDC, que escrevi em coautoria com Lucas Navarro Prado e Mario Engler Pinto, a restrição à celebração de aditivos com tal abrangência não faz sentido, particularmente em relação aos contratos públicos, que, em regra, só podem ser modificados por aditivos.

Note-se que, exatamente porque os contratos públicos tem que ser modificados formalmente por aditivos, são necessários aditivos para questões simples, como, por exemplo, a mudança de endereço das partes, ou da denominação da empresa contratada, mas também para questões mais complexas, como o cumprimento de disposições do contrato sobre distribuição de riscos. Nesse contexto, limitar por lei os aditivos àqueles que tratam de caso fortuito, força maior ou erro de projetos é algo descabido, e só tem criado dificuldades quando são necessários aditivos sobre outros temas.

Voltando ao tema do Anteprojeto, creio ser equívoco relevante algumas limitações que o Anteprojeto estabelece à realização de aditivos.

Se a intenção do Anteprojeto é restringir a realização de alterações dos contratos, seria preciso separar:

- (a) Aditivos que são realizados para cumprimento das regras já previstas no contrato – por exemplo, aqueles aditivos para reequilibrar o contrato, em vista da ocorrência de evento que é risco de uma parte e impacta à outra. Para esses aditivos, não faz sentido haver qualquer limite. Estabelecer limites sobre eles é dificultar o próprio cumprimento do contrato.
- (b) Aditivos que são realizados rigorosamente para alteração do contrato (alterações cujo objetivo não é dar cumprimento ao que está já previsto no contrato) – nesses casos, faz sentido estabelecer limites.<sup>23</sup>

### **7.9.1. O que depende da celebração de aditivos**

---

<sup>23</sup> Propositamente, eu não utilizei a separação entre alterações unilaterais e bilaterais, porque ela simplesmente tem pouco utilidade para esse fim. Note-se que, na prática, a caracterização de alterações como unilaterais é uma mera formalidade, pois tais alterações muitas vezes são combinadas entre as partes.

O inciso X, do art. 22, do Anteprojeto estabelece que a validade e eficácia das seguintes ocorrências dependem da celebração de aditivos:

*“a) a submissão, tanto do contratado como do contratante público, a novas obrigações ou condicionamentos que alterem as condições de execução vigentes, ainda que em virtude da superveniência de lei, regulamento ou ato de autoridade pública;*

*b) a supressão ou postergação de investimentos a cargo do contratado, as quais só poderão ocorrer se comprovada a inviabilidade superveniente de sua execução nos termos originais;*

*c) a antecipação ou ampliação de investimentos;*

*d) a recomposição em virtude da criação, alteração ou extinção de tributos, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta; e*

*e) a recomposição em virtude de sujeição imprevista, de álea econômica extraordinária ou de ação ou omissão indevidas do contratante público, do contratado ou de terceiros.”*

As alíneas desse inciso têm por objetivo exigir que a mudança do contrato seja realizada somente formalmente por meio de aditivo.

O objetivo indireto parece ser, novamente, reforçar a obrigação de cumprimento do contrato tal qual celebrado (*pacta sunt servanda*).

As alíneas “a”, e de “c” a “e”, na minha opinião, em nada inovam o nosso direito. A exigência, constante do artigo 60 e do seu parágrafo único, da Lei 8.666/93, de que os contratos com a Administração Pública sejam sempre por escrito já deveria ter por consequência o respeito às normas constantes das alíneas citadas do artigo 22, inciso X, do Anteprojeto.

A única alínea do artigo 22, inciso X, do Anteprojeto que me parece trazer inovação é a “b”, que exige que somente por inviabilidade superveniente possam ser adiados ou suprimidos investimentos em contratos de concessão e PPP.

Esse dispositivo, na minha opinião, deveria ser suprimido do Anteprojeto.

É que, em primeiro lugar, é comum que premissas de crescimento de demanda consideradas nos estudos para modelagem da concessão não se realizem, e, por isso, investimentos que, no período da modelagem do projeto, eram vistos como essenciais para atingir o nível de serviço almejado, se tornem desnecessários. Essa é uma consideração geral que se aplica a qualquer projeto de infraestrutura, particularmente aos projetos *greenfield*, e a projetos nos setores de infraestrutura de transportes.

Além disso, a nossa história recente, nos setores de infraestrutura, desaconselha a adoção de uma regra desse tipo. Isso porque, como já notei acima e em artigo sobre os erros do Governo Dilma

em relação às concessões que pode ser acessado no seguinte [link<sup>24</sup>](#), há vários investimentos previstos nos contratos de concessão de rodovias e aeroportos recentes, destinados à expansão das infraestruturas, que são desnecessários quando se considera a demanda pelos serviços. Como mencionei em artigo anterior, como era comum se ouvir no Governo Federal nos últimos anos, a intenção era “deixar um legado” nos setores de infraestrutura – como se houvesse um mérito no desperdício desde que aplicado aos setores de infraestrutura.

A regra acima, se aplicada a essas concessões de rodovias e aeroportos, teria o efeito de estabilizar o desperdício ao invés de contribuir para a racionalização dos contratos, *vis a vis* a demanda efetivamente aferida.

Como a intenção do Anteprojeto é que as regras se apliquem apenas a projetos novos, que vierem a ser enquadrados no PPP Mais, talvez a suposição utilizada para a redação do Anteprojeto seja que não se fará mais isso no futuro, e, particularmente, que não se fará isso em relação aos projetos enquadrados no PPP Mais, sob a liderança do Ministério da Fazenda.

Essa suposição me parece ingênua considerando o que assistimos nos setores de infraestrutura no país nos últimos anos e o que aconteceu no Ministério da Fazenda nos 4 anos que antecederam à chegada do Ministro Joaquim Levy.

Aliás, isso reforça a importância de inserir regra dizendo que o planejamento das expansões das infraestruturas deverá se basear em demanda detectada por meio de estudos técnicos, conforme assinala no item 5 acima.

É bem verdade, por outro lado, que existem concessionários que estão há anos adiando a realização de investimentos, das mais diversas formas, em condutas que consubstanciam o que chamei de falso cumprimento dos contratos. Escrevi em 2012 um artigo sobre esse tema que pode ser acessado neste [link<sup>25</sup>](#).

Esse, sem dúvida, é um problema que precisa ser seriamente tratado. Mas, como diversos problemas que tem ocorrido no mundo das concessões e PPPs de infraestrutura nos últimos anos no Governo Federal, não se trata de algo a ser resolvido por lei. Em um contexto em que as agências reguladoras perderam as condições institucionais de independência em relação ao Governo, não se pode esperar que elas promovam atos em direção à caducidade dos contratos, que seria a medida correta nesses casos, pois tais atos significariam assumir politicamente o insucesso do programa de concessões realizado pelo Governo que as controla.

### **7.9.2. Procedimento para realização de aditamentos contratuais**

---

<sup>24</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos. Disponível em < <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-precisa-mudar-no-pil-final-publicado-em?related=1>>

<sup>25</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: o que temos a aprender com o falso cumprimento dos contratos? Disponível em < <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-temos-a-aprender-com-o-falso-cumprimento-dos-contratos-de-concesso-e-ppp>>

O artigo 22, inciso XI, do Anteprojeto, trata do procedimento para realização dos aditamentos contratuais. Comentarei abaixo as disposições que acho mais relevantes desse inciso.

#### 7.9.2.1. **Exigência de consulta pública para celebração de aditivos contratuais**

A alínea “a” do artigo 22, inciso XI, do Anteprojeto, submete à prévia consulta pública a realização de aditivos contratuais para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Na minha opinião, isso é um equívoco.

Em caso de concessões e PPPs, o problema no âmbito da União não é a falta de transparência no processo de elaboração de aditivos. Em regra, as decisões sobre a celebração de aditivos são publicadas e as agências reguladoras agem sempre com a pressuposição de que tais aditivos serão revisados em algum momento pelos órgãos de controle.

Aliás, na minha experiência, em alguns casos, os técnicos inclusive buscam antecipadamente, por meio de mecanismos informais, saber qual a opinião dos órgãos de controle sobre tais aditivos, antes da sua celebração.

Por isso, creio que o maior problema dos aditivos a contratos de concessão – particularmente daqueles que se destinam a fazer cumprir regras dos próprios contratos, reequilibrando-os –, no âmbito da União, é a demora em celebrar tais aditivos.

Como são os concessionários que arcam com as consequências de um desequilíbrio não remediado, a demora em reequilibrar piora o desequilíbrio, aumenta o risco regulatório e piora o ambiente de negócios.

Como já expliquei no artigo disponível no seguinte [link](#)<sup>26</sup>, ao atrasar o reequilíbrio o Poder Concedente está na prática se financiando junto ao concessionário, com taxas de juros extremamente altas, equivalentes à taxa interna de retorno do concessionário.

Nesse sentido, o atraso em reequilibrar contratos configura má-gestão dos recursos públicos e dos usuários e pode até ser enquadrado como improbidade administrativa.<sup>27</sup>

E a conta, o custo dessa demora em reequilibrar o contrato volta para o usuário e para o Poder Concedente.

---

<sup>26</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa? Disponível em < <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-atraso-em-reequilibrar-concessoes-e-ppps-pode-ser-enquadrado-como-improbidade-administrativa>>

<sup>27</sup> Faria muito mais sentido, do ponto de vista da boa gestão das finanças públicas, o Poder Concedente tomar empréstimo no mercado (eis que os entes estatais têm acesso a financiamentos com juros muito menores que as taxas internas de retorno de referência dos projetos), e pagar ao concessionário. Evidentemente, que muitas vezes a demora na decisão do reequilíbrio é demora no reconhecimento de que o risco do evento é do Poder Concedente e no dimensionamento desse risco.

Acrescentar prazo de uma consulta pública à linha do tempo necessária para celebrar um aditivo para reequilibrar o contrato só piora essa situação.

Por isso, a exigência de consulta pública prevista na alínea “a”, do artigo 21, XI do Anteprojeto deve ser suprimida.

Na linha do que já sugeri acima, poder-se-ia diferenciar entre aditivos para alteração do contrato, e aditivos para o seu cumprimento.

Eventualmente, faria sentido exigir consulta pública para aditivos que alterem o contrato. Mas para aditivos que se destinem ao cumprimento de regras previstas no contrato, não faz sentido inserir em lei esse requisito.

**7.9.2.2. Realização de arbitragem para reconhecimento de sujeição imprevista, álea econômica extraordinária, ou ação ou omissão indevida das partes**

A alínea “c”, do artigo 22, inciso XI, do Anteprojeto torna necessária a realização de arbitragem para o reconhecimento de sujeição imprevista, álea econômica extraordinária, ou da ação ou omissão indevida das partes.

Isso é uma boa ideia.

Trata-se de mais uma manifestação da tentativa do Anteprojeto de afastar das agências reguladoras – capturadas pelo Governo – a decisão sobre temas importantes do contrato. Nesse caso, o enquadramento de situações fáticas em categorias jurídicas tradicionais.

Acho, entretanto, que não faz sentido que seja necessário arbitragem quando ambas as partes entenderem que a ocorrência se enquadra como qualquer das categorias jurídicas mencionadas. Isso seria perda de tempo e de dinheiro, pois a arbitragem seria, na prática, uma arbitragem homologatória do entendimento das partes, que ambas manifestariam em consenso à corte arbitral.

É evidente que vão haver casos – como tem havido – em que os agentes públicos encarregados da gestão do contrato entendem haver sujeição imprevista ou álea econômica extraordinária, mas, por medo da atuação dos órgãos de controle, temem reconhecer tal enquadramento e tê-lo posteriormente questionado nas instâncias de controle. Nesses casos, a arbitragem será útil para dar ao agente público a proteção que precisa para que o enquadramento seja realizado. Evidentemente que, nesses casos, a agência reguladora e o Poder Concedente formalmente vão manifestar, perante a corte arbitral, a sua suposta contrariedade com o enquadramento do evento como álea extraordinária, sujeição imprevista etc., e deixar que os árbitros façam o seu papel.

**7.9.2.3. A exigência de levar em consideração para reequilíbrio receitas e despesas reais do setor e do contrato**

A alínea “d” diz que os aditivos contratuais “*observarão as regras e fórmulas previstas no contrato para reequilíbrio econômico-financeiro, levando em conta receitas e despesas reais do setor e do contrato.*”

Esse dispositivo tem diversos problemas, e, por isso, na minha opinião, seria melhor suprimi-lo do Anteprojeto.

Mas para explicar os seus problemas será necessária uma digressão mais ampla, que farei a seguir.

#### 7.9.2.3.1. **O objetivo do reequilíbrio e a confusão entre reequilíbrio e outros mecanismos regulatórios**

Em primeiro lugar, para estabelecer um ponto de referência para a discussão desse dispositivo é preciso deixar claro que o objetivo econômico e financeiro do instituto do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é deixar uma parte do contrato, atingida por um evento que é risco de outra parte, em condição econômica e financeira semelhante à que tinha antes da ocorrência do aludido evento.

Para isso, é preciso que o contrato estabeleça um ponto de referência que represente o contrato em estado de equilíbrio.

Geralmente, o parâmetro para definir o contrato em estado de equilíbrio é uma planilha representativa do fluxo de caixa estimado da concessão. Essa planilha define a taxa interna de retorno de referência do projeto, que é geralmente o elemento principal para definir o contrato em estado de equilíbrio, do ponto de vista econômico.<sup>28</sup>

Além disso, é importante saber qual a estimativa de custos e receitas que produziu a referida rentabilidade estimada. É que quando ocorrem eventos que, por exemplo, gerem aumento ou diminuição dos custos ou das receitas esperadas e que gerem direito de reequilíbrio, pode ser importante saber qual era o custo ou a receita originalmente estimados, para calcular o impacto do evento.

Por isso, é importante ter como referência um fluxo de caixa do projeto para efeitos regulatórios. A forma mais comum de se obter esse fluxo de caixa é exigindo-se a apresentação pelo concessionário do seu plano de negócios ao longo da licitação, ou como condição para assinatura do contrato de concessão.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Na minha opinião, deveria ser, pelo menos, a taxa de rentabilidade do projeto e a alavancagem. Como já mostrei em outros estudos, que podem ser encontrados neste [link](#) (Como lidar com o risco de financiamento de concessões e PPPs em períodos de normalidade e de crise) e neste [link](#) (O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem)), a mudança na alavancagem do projeto decorrente da própria ocorrência do evento gravoso, altera a rentabilidade do acionista da concessionária. Do ponto de vista financeiro, há outros elementos que precisam ser analisados, por exemplo, o impacto da forma escolhida do reequilíbrio para o cumprimento pela concessionária das suas obrigações de pagamento, focando, por exemplo, a análise na sua disponibilidade de liquidez para tanto.

<sup>29</sup> Como o Anteprojeto está, corretamente, afastando a possibilidade de essa rentabilidade ser estabelecida *a posteriori* pelas agências reguladoras, como vinha ocorrendo nas concessões federais, de rodovias e de aeroportos, essa



Note-se que já sugeri no item 5 acima que o Anteprojeto preveja que reequilíbrios decorrentes da ocorrência de eventos que são risco de uma parte, mas afetam econômica e/ou financeiramente outras partes do contrato sejam realizadas com base no plano de negócios apresentado ao longo da licitação ou como condição de assinatura do contrato.

**7.9.2.3.2. Receitas e custos reais em oposição a receitas estimadas: o anteprojeto parece ter adotado a posição da Artesp na discussão sobre o reequilíbrio da Autoban com a CCR**

Existe atualmente no setor de infraestrutura rodoviária uma ação ajuizada pelo Governo do Estado de São Paulo e pela ARTESP contra a Autoban, concessionária de rodovias do sistema Anhanguera-Bandeirantes, para anular aditivo ao seu contrato de concessão assinado no final de 2006, que, entre outros, reequilibrava o contrato pelo aumento do ISS sobre a prestação de serviço de infraestrutura rodoviária havido após a assinatura do contrato.

Em primeiro lugar, eu queria manifestar que me parece um descabro uma agência reguladora e um Poder Concedente ajuizarem uma ação quase dez anos depois da celebração de um aditivo de contrato para anulá-lo, alegando fundamentalmente erro na metodologia usada para realização do reequilíbrio, quando na verdade se tratava da metodologia ordinariamente utilizada na época para realizar reequilíbrios daquele tipo. Em outras palavras, a agência e o Governo estão pedindo a anulação do aditivo por ter mudado após quase dez anos o entendimento da agência sobre a metodologia para realizar os reequilíbrios.

Aliás, isso reforça a necessidade de se estabelecer prazos prescricionais e decadenciais claros para o questionamento pela Administração Pública, inclusive pelos órgãos de controle, de atos relativos aos contratos de concessão e PPP.

No caso referido, o cálculo do desequilíbrio do contrato (isso é, do impacto do evento gravoso sobre o concessionário) utilizou-se como referência a demanda estimada no plano de negócios originário, que, até então, era superior à demanda efetiva pelos serviços da concessionária.

O desequilíbrio foi calculado com base na demanda estimada, isto é, o valor da oneração tributária adicional vezes a demanda estimada. A ARTESP alega que o correto seria o desequilíbrio ser calculado com base na perda efetiva, isto é o valor da oneração tributária adicional, vezes a demanda efetiva da concessionária (os veículos que efetivamente pagaram pedágio, e uma curva de demanda para o futuro que partisse da demanda real).

---

rentabilidade de referência deverá ser estabelecida no contrato, seja por meio de um plano de negócios de referência (a ser apresentado pelo concessionário junto com a sua proposta na licitação, ou como condição para assinar o contrato), ou o estudo de viabilidade realizado pelo Poder Concedente para basear a licitação. Note-se que, em vários dos reequilíbrios por fluxo de caixa marginal que têm sido feitos no âmbito dos contratos federais, a falta de referências que decorre da inexistência de um plano de negócios oficial (apresentado formalmente à agência reguladora) tem sido suprida pela utilização do estudo de viabilidade realizado pelo Poder Concedente para basear a licitação. É importante notar que isso causa distorções, que lamentavelmente não terei condições de abordar nesse artigo.

Aparentemente, os autores do Anteprojeto tomaram partido em favor da tese da ARTESP e do Governo do Estado de São Paulo, o que me parece uma posição razoável do ponto de vista econômico e financeiro – embora não faça nenhum sentido a tentativa de anular um aditivo por mera mudança de entendimento da ARTESP e do Governo do Estado a esse respeito.

Se essa foi a intenção dos autores do Anteprojeto, então me parece que o dispositivo deveria dizer que a mensuração dos desequilíbrios econômicos será feita, sempre que possível, considerando o impacto efetivo econômico e financeiro sobre a parte atingida pelo evento, desde que cumprindo rigorosamente as regras previstas no contrato. Essa me parece uma medida importante para deixar claro como os desequilíbrios devem ser mensurados daqui em diante.

Além disso, é preciso lembrar que, em diversos casos, tecnicamente, só é viável realizar o reequilíbrio de contrato de concessão com base em receitas estimadas. Isso ocorre praticamente em todos os casos em que o projeto ainda não está em operação. Ocorre também em caso de projetos que já estão em operação, mas a cobrança de tarifas dos usuários ainda não foi iniciada (projetos *brownfield*).

Para deixar mais claro o meu argumento, acho importante descrever um exemplo de um caso de projeto *brownfield* de concessão de rodovia, em que o reequilíbrio só pode ser realizado usando estimativas previstas, uma vez que não há dados sobre as receitas reais:

Suponha-se o caso de uma concessão de infraestrutura rodoviária, “*brownfield*”, que estabelecesse a possibilidade do Concessionário alterar a localização da praça de pedágio em um raio de 20km com centro no local estabelecido no estudo de viabilidade realizado pelo Poder Concedente para a instalação da praça de pedágio. Agora imaginem-se os seguintes fatos:

- (i) o concessionário deseja mudar o local da praça de pedágio antes do início da operação, algo que vamos supor que é permitido pelo contrato;
- (ii) o Tribunal de Contas controlador da agência reguladora pertinente tem jurisprudência no sentido de que a mudança de local de praça de pedágio pode ser realizada desde que eventuais ganhos que decorram disso sejam revertidos para a modicidade tarifária – isso ocorre no TCU – Tribunal de Contas da União. Essa jurisprudência foi firmada em relação a contratos de concessão de rodovias que não tinha a regra descrita no item “iii” abaixo;
- (iii) o contrato estabeleça que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não pode alterar a distribuição de riscos originariamente prevista no contrato – como o fazem os contratos federais de concessão de rodovias mais recentes;
- (iv) no contrato, há regra explícita atribuindo todo o risco de tráfego ao concessionário, como o fazem os contratos federais de concessão de rodovia.

Nesse contexto, certamente haverá dúvida sobre como realizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sem afetar a distribuição de riscos originária.

A seguir analisarei algumas opções sobre a forma de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro efetivamente compatível com o contrato.

Mas, como se verá a seguir, a opção correta, a que não desvirtua a distribuição de riscos do contrato, envolve necessariamente a realização do reequilíbrio com base em estimativas de tráfego (e não em demanda real, como determina o dispositivo do Anteprojeto).

A primeira forma de realizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato para reverter para a modicidade tarifária eventuais ganhos decorrentes da mudança do local da praça de pedágio (que chamarei aqui de “*Opção A*”) seria comparar a curva de demanda estimada a partir das contagens volumétricas realizadas no local originário da praça e que basearam a proposta originária da concessionária, com a curva de demanda estimada a partir das pesquisas volumétricas realizadas no novo local proposto para a praça.

Nesse caso, a reversão para a modicidade tarifária seria feita com base nas estimativas de tráfego. Se houvesse um dispositivo como a alínea “*d*”, do artigo 22, inciso XI, do Anteprojeto a Opção A teria que ser descartada de plano, por desatender a exigência legal de utilizar custos e receitas “reais” e se configuraria um conflito entre a exigência contratual de manutenção da distribuição de riscos originária do contrato, e a exigência legal de se utilizar dados reais de demanda para reequilibrar o contrato, conforme detalhado adiante.

A outra possibilidade (que chamarei aqui de “*Opção B*”) seria instalar equipamentos para contagem volumétrica no local originário da praça e ano a ano comparar o volume detectado por esses instrumentos, com o volume de tráfego da praça de pedágio instalada no novo local proposto para a praça. Nesse caso, a reversão para a modicidade tarifária seria realizada com base em dados do tráfego real. Essa seria a opção que teria que ser adotada se estivesse vigente um dispositivo nos moldes do previsto no Anteprojeto.

A reversão com base no tráfego real (Opção B) tem por consequência o seguinte: se os dados do novo local da praça indicarem volumes reais mais altos que os volumes registrados nos equipamentos do local originário da praça, reverter-se-á a diferença entre o tráfego real de um local e do outro para a modicidade tarifária.

E se, ainda na Opção B, o tráfego no novo local da praça fosse menor que o tráfego no local originário da praça? O que aconteceria?

Há duas opções nesse caso. A primeira (“*Opção B1*”) seria deixar o concessionário sofrer as consequências do tráfego mais baixo. Apesar de essa parecer, em análise superficial, a solução correta, ela seria uma completa distorção da distribuição dos riscos de demanda prevista no contrato.

É que, se, seguindo a Opção B1, no novo local da praça houver volume de tráfego maior do que no local originário da praça (“*upside*”), o usuário/Poder Concedente se apropriaria desse ganho. Se, no entanto, houver tráfego no novo local da praça inferior ao volume de tráfego do local

originário da praça (“*downside*”), o concessionário assumiria sozinho as consequências disso. Portanto, na Opção B1, o Usuário/Poder Concedente se apropria dos ganhos (*upside*), mas deixaria as perdas (*downside*) com o concessionário.

Evidentemente que eventual adoção da Opção B1 alteraria substancialmente a distribuição de riscos originária do contrato que era a seguinte: a concessionária ficava com os ganhos decorrentes de demanda maior que a estimada e com as perdas decorrentes de demanda menor do que a estimada.

Mas, como dito acima, o contrato não permite que haja alteração da sua distribuição de riscos pelos processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, de maneira que a Opção B1 não poderia ser adotada nesse caso, pois ela alteraria a distribuição de riscos prevista no contrato originário criando uma distribuição assimétrica do risco (o Poder Concedente/Usuário se apropriaria do *upside*, mas a responsabilidade de arcar com o *downside* seria lançada sobre a Concessionária). Observe-se mais uma vez que o contrato atribui o risco de demanda integralmente à Concessionária e de forma simétrica (ela é responsável por todo *downside* e se apropria de todo *upside*)

A outra opção (“*Opção B2*”) seria tentar corrigir esse problema fazendo uma distribuição simétrica, isto é, em caso de *downside*, o Poder Concedente/Usuário reequilibraria o contrato em favor do Concessionário, em caso de *upside*, o Concessionário reequilibraria o contrato em favor do Poder Concedente/usuário. Teríamos, assim, ao menos, uma distribuição de riscos simétrica. Ou seja, todo o risco de demanda seria, então, lançado sobre o Poder Concedente.<sup>30</sup> Todavia, isso também não satisfaria a exigência de manutenção da distribuição de riscos originária do contrato, pois a agência reguladora estaria, por meio do processo de reequilíbrio do contrato, lançando sobre o Poder Concedente/usuário o risco de demanda que originalmente era da concessionária.

Essa Opção B2 seria provavelmente a opção que teria que ser adotada se estivesse vigente dispositivo com o teor da alínea “d”, do artigo 22, inciso XI, do Anteprojeto.

Portanto, se a agência reguladora adotasse a Opção B1 ou a Opção B2, ela estaria modificando a distribuição de riscos originária do contrato e, por isso, descumprindo a regra de que essa distribuição não poderia ser alterada pelo processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que como mencionei, é uma regra atualmente muito comum nos contratos de concessão federais.

Isso nos leva à conclusão de que a única forma de reequilibrar o contrato para reverter ganhos para a modicidade tarifária sem alterar a distribuição originária do risco de demanda seria adotar a Opção A, isto é calcular o montante a ser revertido para a modicidade tarifária com base na diferença entre: (a) a projeção de demanda realizada a partir de dados volumétricos obtidos na nova localização da praça e (b) a projeção de demanda realizada a partir de dados volumétricos da localização originária da praça.

---

<sup>30</sup> Tomando como parâmetro para as compensações a curva de demanda estimada pela concessionária com base em dados volumétricos de pesquisa realizada no local originário da praça.

Feito esse cálculo no momento da tomada de decisão sobre a alteração da praça, a concessionária deverá ficar responsável por reverter o valor resultante desse cálculo para a modicidade tarifária.

Se, contudo, ao longo do contrato, as curvas reais de demanda da praça (no local original e no novo local) forem diferentes das curvas originalmente estimadas, isso não deverá alterar (nem para cima, nem para baixo) o valor a ser revertido para a modicidade tarifária. É que, como já assinala acima, o risco de variação da demanda real é alocado pelo contrato à concessionária.

Portanto, não caberia qualquer ajuste (para baixo ou para cima) no valor a ser revertido para a modicidade tarifária por consequência de variações da demanda real no local originário ou no novo local da praça, sob pena de alterar a distribuição do risco de demanda, que, como já mencionei várias vezes, está alocado integralmente à concessionária.<sup>31</sup>

Em outras palavras, a demanda real, que pelo texto do Anteprojeto deveria ser considerada rigorosamente não pode ser considerada nesse caso para efeito de reequilíbrio do contrato sob pena de subverter a distribuição de riscos originariamente prevista no contrato.

A alínea “d”, do artigo 22, inciso XI, do Anteprojeto, se estivesse vigente, nesse caso só criaria mais uma dificuldade e levaria a uma solução do caso que alteraria substancialmente a distribuição de riscos contratual.

Por isso, me parece um equívoco o Anteprojeto exigir que os reequilíbrios considerem receitas e custos necessariamente reais.

A alínea “d”, do artigo 22, inciso XI, do Anteprojeto deveria ser reformada para dizer apenas que a mensuração dos desequilíbrios econômicos será feita considerando o impacto econômico e financeiro sobre a parte atingida pelo evento, com base nas ferramentas disponíveis para realização dessa análise, desde que sejam rigorosamente cumpridas as regras contratuais.

#### **7.9.2.3.3. Receitas e custos reais do contrato vs. receitas e custos reais do setor**

Do ponto de vista econômico e financeiro, há diversas formas de levar em conta receitas e despesas reais do setor e do contrato.

Em primeiro lugar, é preciso dizer que, para reequilibrar contratos, não faz sentido levar em conta as receitas e despesas do setor. É que receitas e despesas do setor em nada contribuem para o desafio de colocar o concessionário em situação igual à que ele tinha antes da ocorrência do evento

---

<sup>31</sup> Para garantir que não haja assimetria entre as premissas para estimativa da curva de tráfego do local originário e do local novo da praça, o ideal é que a concessionária utilize as mesmas premissas de crescimento de PIB/tráfego utilizadas para o estudo da projeção de tráfego da praça no local originário, que baseou a sua proposta na licitação. Evidentemente que há aspectos que são específicos de cada localização da praça de pedágio, por exemplo, a estimativa das fugas, da impedância e da indução de tráfego pela realização da duplicação. Nesses casos, faz sentido considerar os dados específicos de cada localização.

que desequilibrou o contrato. Para isso, devem ser consideradas as despesas e receitas do concessionário.

Os custos e receitas setoriais podem ser usados para estabelecer referências (*benchmarks*) para uma regulação baseada em incentivos. Mas isso é uma atividade diferente do reequilíbrio do contrato, que como mencionei acima, se consubstancia na compensação entre partes do contrato pela ocorrência de eventos que são risco de uma parte, mas que afetam econômica e financeiramente outras partes do contrato de concessão.

Os custos e receitas setoriais podem e devem ser usados, nos contratos regulados em regime de custo de serviço, como, por exemplo, os de distribuição de energia, para estabelecer os parâmetros de custo eficiente e de remuneração do concessionário que são a base para cálculo das tarifas de referência nos processos de revisão ordinária desses contratos. Mas essas atividades são essencialmente diferentes da atividade de reequilibrar contratos.

Também a aplicação do assim chamado Fator X, normalmente utilizado em contratos regulados em regime de preço de serviço, geralmente requer dados sobre custos e receitas setoriais. Mas novamente nesse caso cuida-se de instrumento regulatório destinado a exigir que o concessionário gere e compartilhe com usuários ganhos de eficiência setoriais, não atribuíveis especificamente a diferenciais no seu desempenho. Não se trata de atividade de reequilíbrio do contrato.

É verdade, contudo, que para mensurar o impacto do evento a ser objeto de reequilíbrio, se o seu efeito for exigir novos investimentos, é possível usar como referência para precificação do evento tabelas de preços setoriais (como, por exemplo, o SINAPI) ou sistemas de dimensionamento de custos setoriais (como o SICRO) para exigir que o concessionário seja eficiente em termos de gestão de custos na realização dos investimentos que forem necessários para remediar um evento gravoso que seja risco do Poder Concedente e que será objeto de compensação ao concessionário.

Vale a pena dar um exemplo para demonstrar a diferença entre essa atividade e as atividades regulatórias acima mencionadas.

Como já mencionei acima, a tarefa de reequilibrar um contrato é uma tarefa essencialmente compensatória. Cuida-se de compensar a parte afetada por um evento que é risco de outra parte do contrato. Em outros contextos, por exemplo, nos contratos privados, o que chamamos de reequilíbrio de contrato é simplesmente referido como indenização para compensação pela ocorrência de eventos que, pelo contrato ou pela lei, são risco de uma das partes, mas impacta às outras.

Um exemplo pode ser útil para esclarecer meu argumento: imagine-se que um trecho de rodovia concedida seja levado por uma enxurrada e esse evento, pelo contrato, seja risco do Poder Concedente.

O concessionário, pelo contrato, tem, contudo, que realizar as obras emergenciais para reestabelecer a continuidade do serviço e, posteriormente, obter o reequilíbrio do contrato.

Suponha-se agora que, para forçar a concessionária a, nessa circunstância, ser eficiente na realização do investimento para recompor o trecho da rodovia afetado, o contrato de concessão estabeleça – como, aliás, o fazem vários contratos de concessão federal – que os custos de investimento serão realizados utilizando a versão mais atualizada do sistema SICRO.

Nessas circunstâncias, para reequilibrar esse contrato será necessário realizar as seguintes tarefas:

- a) Verificar a ocorrência do evento que destruiu o trecho da rodovia;
- b) Verificar se esse evento de fato é risco alocado ao Poder Concedente pelo contrato ou pela lei;
- c) Dimensionar o custo do investimento para reconstruir o trecho da rodovia com base no sistema SICRO;
- d) Supondo que o contrato estabeleça que o reequilíbrio deve se fazer com base no plano de negócios e que defina como parâmetro do contrato em estado de equilíbrio a taxa interna de retorno do projeto, considerando que os planos de negócios são geralmente realizados em valores reais (isso é, sem considerar a inflação), será necessário que o custo dimensionado conforme item “c” acima seja desinflacionado (usando o índice definido no contrato para reajuste das tarifas) até a data de referência do plano de negócios (geralmente o ano em que foi realizada a licitação do contrato de concessão);
- e) A seguir, o referido custo deve ser inserido como custo adicional no ano respectivo do plano de negócios; isso fará com que a taxa de rentabilidade prevista na planilha (calculada pela macro que mede a taxa interna de retorno do projeto) caia;
- f) As partes, então, deverão definir a forma a ser utilizada para reequilibrar o contrato (por exemplo, variação da tarifa);
- g) Então, será necessário que se calcule a variação da tarifa para manter a taxa interna de retorno originalmente prevista no plano de negócios. É possível geralmente utilizar para isso a ferramenta “*Atingir Meta*” da Planilha do Excel.
- h) A seguir, é preciso converter a nova tarifa para valor nominal, isso é corrigindo-a para o ano em que começará a ser praticada.

Existem outros ajustes que precisam ser feitos na planilha (por exemplo, na linha de depreciação), mas, para os fins do presente artigo, que é dar uma noção preliminar ao leitor do procedimento necessário para reequilibrar um contrato de concessão, vou ignorar esses detalhes.

Enfim, é possível usar parâmetros de custos setoriais para precificar investimentos realizados pelo concessionário em virtude de evento que lhe atingiu econômica e financeiramente, mas que é risco do Poder Concedente.

O sistema SICRO é um sistema de precificação de obras que tenta reproduzir o modo como uma construtora supostamente formaria o seu preço a partir dos insumos, metas de produtividade, custo de tributos, margem, etc. Para isso, ele utiliza pesquisas de preços de insumos, que são evidentemente pesquisas setoriais e outras informações que provêm da realização de obras no setor.

Esse é o único uso possível para custos setoriais. Note-se que, a rigor, o SICRO se refere ao setor de construção de infraestrutura rodoviária e não ao setor de concessão (que envolve operação) de infraestrutura rodoviária. Apesar da confusão ser comum, concessionários de infraestrutura rodoviária em regra não fazem obras, contratam suas obras com terceiros, em alguns casos, com partes relacionadas da concessionária. De qualquer modo, não se pode dizer que o SICRO seja um parâmetro de custos de concessões de rodovias, pois ele se baseia na estimativa de custos de obras contratadas pelo setor público (e não por concessionários).<sup>32</sup>

Em relação a receitas, eu não consigo imaginar uma situação em que padrões setoriais de aferição de receitas possam ser utilizados para o reequilíbrio de contratos de concessão.

#### **7.9.2.3.4. Conclusão em relação ao dispositivo que exige que se considere receitas e custos setoriais e do contrato para reequilíbrio**

Enfim, feita toda essa digressão sobre a alínea “d”, do artigo 22, inciso XI, do Anteprojeto, queria, em primeiro lugar, sugerir a supressão do dispositivo, ou sua completa reformulação.

Isso para evitar a confusão que pode causar, especialmente, a menção a custos e receitas setoriais (cuja utilização não é necessária para que o reequilíbrio realize as suas finalidades precípuas).

Além disso, acho importante a supressão da palavra “reais” aplicada a receitas e custos porque ela causa confusões. Como mostrei acima, há casos de reequilíbrios que só podem ser feitos com base em estimativas (e não em receitas e custos reais) sob pena, inclusive de alterar a distribuição de riscos do contrato.

A minha impressão é que a alínea “d”, do artigo 22, inciso XI, foi redigida sem um diagnóstico amplo e suficientemente detalhado dos problemas enfrentados atualmente nos processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

O Anteprojeto fica melhor sem essa alínea.

#### **7.9.2.4. A proibição dos aditivos produzirem efeitos anteriores à sua publicação oficial**

A alínea “e” do, do artigo 22, inciso XI, diz que os aditivos não reconhecerão qualquer efeito anterior à sua publicação oficial, salvo nos casos das alíneas “d” (criação, alteração ou extinção de

---

<sup>32</sup> Vou deixar de lado por ora as distorções que o uso de sistema nos moldes do SICRO pode representar.



tributos), e “e” (sujeição imprevista, álea econômica extraordinária, ação ou omissão indevidas), do artigo 22, inciso X.

Os aditivos na grande maioria das vezes são feitos para definir as consequências de ocorrências que impactaram uma parte e são, pela lei ou pelo contrato, risco da outra parte do contrato.

Por isso, necessariamente terão que reconhecer efeitos de atos passados, comissivos ou omissivos, ocorridos antes da sua celebração.

É interessante exemplificar com os casos, aliás muito comuns, em que a alocação de riscos contratual separa claramente a responsabilidade de custear as consequências de evento, da responsabilidade de remediar as suas consequências.

Por exemplo, imagine-se que os custos decorrentes da ocorrência de acidentes no transporte de cargas perigosas em um contrato de concessão de rodovia seja do Poder Concedente.

Suponha-se que, nesse mesmo contrato, a obrigação de minimizar as consequências de acidentes e de reestabelecer o quanto antes os serviços da rodovia aos usuários (inclusive com cargas perigosas) seja do Concessionário.

Isso significa que, apesar dos custos decorrentes de acidentes com cargas perigosas serem do Poder Concedente, o concessionário deverá praticar atos para minimizar as suas consequências e reestabelecer o serviço. O custo desses atos evidentemente serão pagos, de alguma forma, posteriormente pelo Poder Concedente.

Ora, nesse contexto – como aliás, em vários outros contextos em que esse tipo de distribuição de atribuições e riscos acontece – o aditivo contratual celebrado deverá reconhecer a validade e eficácia de todos os atos praticados pelo concessionário para reduzir as consequências do acidente e para reestabelecer o serviço, eis que o concessionário terá que ser indenizado pelos custos que incorreu por consequência da sua obrigação contratual de reestabelecer o serviço.

Nessa situação comum em contrato de concessões, a alínea “e”, do artigo 22, inciso XI do Anteprojeto seria um obstáculo completamente desnecessário ao reconhecimento da validade e dos efeitos dos atos legitimamente realizados pelo concessionário para reestabelecer o serviço e para minorar as consequências do acidente.

Note-se que o reconhecimento da validade e dos efeitos passados desses atos é nodal para que o concessionário seja devidamente compensado pelos custos que teve por consequência da ocorrência do acidente com a carga perigosa.

O dispositivo precisa ser modificado, de preferência suprimido, sob pena de criar obstáculos desnecessários à gestão do contrato.

#### **7.9.2.5. A exigência de o contrato estar em execução há 4 anos para antecipação ou ampliação de investimentos**

O artigo 22, inciso XII, do Anteprojeto exige que o contrato esteja em execução há 4 anos para antecipação ou ampliação de investimentos.

Como já notei acima não faz sentido engessar desse modo a gestão contratual. Em alguns casos, será necessário antecipar investimentos antes dos 4 anos de contrato simplesmente porque a demanda real pelos serviços pode, por uma série de razões, superar amplamente a demanda originalmente prevista nos estudos que deram origem à concessão, exigindo, assim, a antecipação ou ampliação de investimentos antes dos 4 anos de contrato.

Nesse contexto, uma regra desse tipo teria o efeito de penalizar o usuário do serviço que assistiria ao nível de qualidade do serviço cair por consequência do aumento inesperado da demanda, sem que a Administração Pública pudesse tomar, por até 4 anos, as providências necessárias para restabelecê-lo.

Essa regra deve ser suprimida do Anteprojeto.

#### **7.9.2.6. A proibição dos aditivos produzirem efeitos anteriores à sua publicação oficial**

O artigo 22, inciso XIII, do Anteprojeto, diz que que “*A antecipação do cumprimento de obrigações e a assunção pelo contratado de novas obrigações, condicionamentos ou investimentos, não previstos no contrato, sem que este tenha sido alterado na forma deste artigo, importará em renúncia definitiva a qualquer direito a reequilíbrio econômico-financeiro pelo respectivo evento e por suas consequências*”.

Esse dispositivo me parece interessante.

Nos termos em que está redigido ele tornará sem efeito a pressão política tão comum sobre concessionários para antecipar obrigações ou para iniciar a execução de obrigações sob a promessa de que serão futuramente inseridas, por meio de aditivos, no contrato.

O único cuidado que acho que é indispensável se ter, nos termos do que já mencionei acima, é que se deve garantir que esse dispositivo será aplicável apenas a novas obrigações. Ele não se aplicará quando se tratar de atividades para dar cumprimento a regras já previstas no contrato, como, por exemplo, a realização ou antecipação de investimentos para executar regras já existentes no contrato sobre distribuição de riscos.

#### **7.9.2.7. A proibição de estender prazo em mais de 20% para reequilíbrio**

O artigo 22, inciso XIV, estabelece limite de 20% a extensão de prazo do contrato para o seu reequilíbrio.

Atualmente, não há na legislação limite para a extensão de prazo dos contratos quando se tratar de aumento de prazo para reequilibrá-los.

Há regras que impõem limites de prazo aos contratos de concessão e PPP. Mas mesmo nesses casos me parece razoável interpretar que os limites de prazo não se aplicam quando a finalidade da extensão é reequilibrar o contrato pela ocorrência de eventos fora do controle das partes.

Note-se que uma vez reconhecido o desequilíbrio de um contrato de concessão e PPP, o valor devido para reequilibrar o contrato tem natureza de dívida contratual.

Nesse contexto, na minha opinião, não faz o menor sentido criar por lei limites à forma de reequilibrar o contrato.

Já não é fácil em regra encontrar uma forma adequada de reequilibrar o contrato quando não há esses limites. Estabelecer limites desse tipo só tornará a gestão contratual mais difícil sem que isso traga grandes benefícios para o ambiente de negócios.

Se a intenção é evitar mudanças volitivas do contrato pela Administração Pública ou por acordo entre as partes, seria importante, como já mencionei acima, separar os reequilíbrios que se destinam a dar cumprimento ao contrato original, dos reequilíbrios que se destinam a compensar mudanças posteriores no contrato, como as alterações de escopo para adequação ao interesse público.

A limitação do aumento de prazo a 20% do prazo total do contrato poderia, nesse contexto, se aplicar apenas aos casos de reequilíbrio por alteração volitiva do seu escopo.

Permaneceriam sem limites a extensão de prazo para reequilíbrio do contrato pela ocorrência de eventos que, na sua redação originária, seja risco de uma das partes, mas afete a outra parte do contrato.

#### **7.9.2.8. A proibição de inclusão de mais de 30% em relação ao escopo do contrato**

O artigo 22, inciso XV, do Anteprojeto estabelece regra que não poderá ser incluído no objeto mais que 30% das áreas ou trechos originais, ou sem conexão física com eles.

Esse dispositivo se destina a criar um limite para alteração posterior do contrato. O tema dos limites de alteração de concessão e PPPs nesse momento já está ocorrendo nos tribunais de contas e seria importante a lei definir algum limite.

Apesar de achar importante ter uma definição sobre esse tema, eu tenho duas críticas ao dispositivo.

A primeira é sobre sua abrangência. Ele utilizou como referência a área ou trecho original objeto da concessão ou PPP. Em muitos casos não se trata de novas áreas ou trechos, mas de novas unidades físicas, novas unidades de potência ou de qualquer outra medida. Então, o dispositivo me parece deficiente por não ter a abrangência adequada.

Além disso, 30% me parece um limite baixo quando se considera que contratos de concessão são contratos de longo prazo, que normalmente duram em torno de 30 anos.

Observe-se que nos contratos de obra e prestação de serviços da Lei 8.666/93, que duram em regra, no máximo, 5 anos, o limite para alterações quantitativas é de 25%.

Ora, se, para contratos com no máximo 5 anos de duração o limite de alteração quantitativo é de 25%, me parece que, para contratos com 30 anos o limite deveria ser superior a 30%. Apenas para exemplificar, se fizéssemos uma regra de três simples, chegaríamos a valores bem mais altos (150%) de limite de alteração para os contratos com 30 anos de duração. Evidentemente, que não estou sugerindo usarmos 150% como limite de alteração de contratos de concessão e PPP. Mas, 30% certamente é muito baixo.

Note-se, que em contratos de concessão e PPP, essas alterações que expandem o objeto do contrato de concessão muitas vezes são decorrência da própria necessidade de atualização do serviço.

Imagine-se o caso de uma infraestrutura cuja expansão de capacidade dependa da incorporação de áreas contíguas, por exemplo, a concessão de um aeroporto.

Se a expansão necessária para atualização do aeroporto incluir expansão de pátio e construção de nova pista, não previstos originalmente no contrato de concessão, é possível que a regra constante do artigo 22, XV, do Anteprojeto, com o seu limite de 30%, obste a necessária expansão do aeroporto.

Nesse caso, a única opção disponível ao Poder Concedente será encampar a concessão do aeroporto existente (com obtenção de autorização legislativa e pagamento prévio da indenização por investimentos não amortizados) e fazer a licitação de uma nova concessão. Considerando as dificuldades práticas de se encampar uma concessão no Brasil, o mais provável é que os usuários amarguem o desconforto da infraestrutura inadequada até quando o contrato de concessão em curso venha a se extinguir, o que pode acontecer apenas muitos anos após ter se configurado a necessidade de expansão do aeroporto.

Por essas razões, apesar, d'eu achar que é necessário ter algum limite para alteração dos contratos, o limite de 30% me parece baixo, particularmente considerando a longevidade dos contratos de concessão e PPP e a necessidade de mantê-los atualizados ao longo de todo período da sua existência, o que cria necessidades de expansão do objeto do contrato de concessão em curso, muitas vezes imprevistas, mas que podem ser mais eficientes do que a realização de nova licitação.

Por tudo isso, o artigo 22, XV, do Anteprojeto deve ser suprimido ou reformado.

### **7.9.3. As regras para renovação do contrato para reequilíbrio: obrigação de assegurar a transferência de capital da SPE**

O artigo 22, inciso XVI, do Anteprojeto permite a renovação do contrato para reequilibrá-lo, mas ela tem que ser acordada antes de 180 dias do término do contrato, e exige que o concessionário dê como contrapartida ao ente público participação que será alienada em leilão público.

Sinceramente, não entendi qual a intenção do Anteprojeto quando exige que seja dada participação acionária ao ente público e quando exige a sua venda em leilão.

A probabilidade de o leilão dar vazio ou do único comprador ser o próprio acionista da concessionária é relevante. Então, por que não estabelecer que a renovação será apenas pelo prazo necessário para reequilibrar o contrato? Por que o estabelecimento de necessidade de uma contrapartida? E, se querem uma contrapartida, por que não simplesmente por meio de pagamento em dinheiro?

Enfim, esse dispositivo na minha opinião não faz o menor sentido.

Ele tem que ser reformado para prever simplesmente que todas as formas de reequilíbrio do contrato são admitidas, inclusive a extensão do seu prazo que só se dará nos limites necessários ao reequilíbrio do contrato.

#### **7.9.4. Possibilidade ampliada de transferência do controle da SPE**

O artigo 22, inciso XVII, do Anteprojeto cria duas regras ambas desejáveis.

A primeira que a transferência de controle societário não dependerá de prévia anuência da agência ou do Poder Concedente. Essa regra terá efeitos ótimos na grande maioria dos casos, em que não faz sentido controlar as transferências de controle da SPE, mesmo porque toda a expertise, técnica e a capacidade econômica e financeira para execução do contrato já se encontrará alocada na SPE quando se fizerem as transferências de controle.

O dispositivo permite, além disso, que “... *para fomentar a competição no setor, o contrato, por meio de regras expressas, objetivas e precisas...*” estabeleça “...*limites e condições à concentração empresarial, caso em que a operação deverá ser apresentada previamente ao contratante público, que poderá rejeitá-la motivadamente, desde que o faça no prazo improrrogável de sessenta dias, ao fim do qual ela estará liberada.*”

Ele permite, mesmo no caso em que seja exigida a autorização para transferência do controle, a realização da autorização por silêncio da Administração Pública.

O dispositivo é interessante e vale a pena mantê-lo.

#### **7.9.5. Fortalecimento do *pacta sunt servanda***

O artigo 22, inciso XVIII enuncia que “*nenhuma das partes poderá, a pretexto de invalidade, suspender o cumprimento de suas obrigações contratuais, nem impedir o exercício dos direitos*

*conferidos pelo contrato à outra parte, ou comprometer de qualquer modo a execução contratual, salvo prévia decretação ou autorização do Tribunal Arbitral”*

Trata-se de uma reafirmação do princípio do cumprimento dos contratos conforme celebrados (*pacta sunt servanda*), o que de fato melhora o ambiente de negócios e acaba com o vezo, que anda se tornando comum nos órgãos e entes públicos, de simplesmente não cumprir contratos alegando suposta ilegalidade de suas regras.

#### **7.9.6. Transferência para o concessionário da obrigação de declarar de utilidade pública**

O artigo 22, inciso XIX outorga ao concessionário a possibilidade de declarar de utilidade pública áreas necessárias para execução do contrato.

Eu acho a ideia boa, mas tenho dúvidas da sua compatibilidade com a nossa tradição em relação às possibilidades de limitação à propriedade privada – a desapropriação, e particularmente, a declaração de utilidade pública que lhe precede estabelece, por assim dizer, um limite externo ao direito de propriedade.

Além disso – conforme expliquei em mais detalhes em artigo que pode ser acessado no seguinte [link](#)<sup>33</sup> –, não me parece que o atraso na emissão das declarações de utilidade pública sejam o principal problema que se enfrenta no que diz respeito às desapropriações e desocupações. Trata-se, ao contrário, de um problema secundário, quando comparado, por exemplo, à variação dos custos dos imóveis ou aos atrasos de decisão de imissão da posse pelo Poder Judiciário.

Além disso, o dispositivo faz delegação sem grande esforço de estabelecer limites ao poder de declarar áreas de utilidade pública que está autorizando a transferência para entes privados. Se a ideia for manter essa possibilidade de delegar o poder, acho que seria conveniente estabelecer algumas balizas relevantes.

Por exemplo, pode o concessionário declarar áreas adjacentes ao projeto como sendo de utilidade pública, para exploração de receitas acessórias, alternativas ou de projetos associados? Pode, por exemplo, um concessionário de uma linha de metrô desapropriar área lindeira à estação para construir um *shopping center*? Ou um concessionário de um contrato para implantação e exploração de um rodoanel, pode expropriar áreas adjacentes ao traçado previsto da rodovia, que certamente se valorizarão enormemente com a sua construção? Pode um concessionário de aeroporto desapropriar áreas lindeiras ao aeroporto para instalação de complexo hoteleiro-aeroportuário?

Enfim, é preciso estabelecer balizas mais claras sobre os limites do que o concessionário pode declarar de utilidade pública para desapropriação.

---

<sup>33</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal. Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política, e os Princípios do Equador. Disponível em <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/desapropriao-e-reassentamento-final-para-publicacao>>

De qualquer modo, me parece uma medida drástica, contrária a toda a nossa tradição, e que não resolve os piores problemas em torno das desapropriações e desocupações.

Na minha opinião, a solução das questões em torno das desocupações e desapropriações para a implantação de projetos em áreas com alta densidade populacional – em vista, inclusive, das regras dos Princípios do Equador, que criam condicionamentos rígidos para a realização de desapropriações e desocupações por concessionários – está muito mais na assunção pelo Poder Concedente da atividade de desapropriação e desocupação e no adequado condicionamento da emissão da ordem de serviço dos contratos de concessão e PPP à disponibilização das áreas livres e desimpedidas para os concessionários, do que na transferência mais agressiva de atribuições relativas às desapropriações e desocupações para concessionários. Afirmando isso apesar de saber que legislação recente já realizou alterações na legislação sobre desapropriações que caminham no sentido de transferência mais agressiva para entes privados de atribuições em torno das desapropriações.

#### **7.10. Permissão que todos os conflitos sejam resolvidos por arbitragem**

O inciso XX, XXI e XXII, do artigo 22, do Anteprojeto inclui a possibilidade genérica de utilização de arbitragem em quaisquer conflitos relativos ao contrato de concessão. Essa disposição será ótima para o ambiente de negócios e diminuirá o risco regulatório na medida em que tirar das agências reguladoras decisões sobre aspectos relevantes dos contratos.

Além disso, o dispositivo permite que sejam levadas à arbitragem conflitos com outros órgãos e entes da Administração Pública contratante, cujas ações tenham impacto no contrato. Isso é uma novidade extremamente interessante e deve ser mantida.

Seria desviar o assunto do presente artigo levantar aqui todo o histórico das tentativas de viabilizar o amplo uso da arbitragem nos contratos de concessão e PPP. Creio que basta dizer que, no estágio atual, há duas dificuldades para isso:

- (a) subsiste a possibilidade de se alegar que qualquer tema relativo a contrato de concessão, pela sua relação com o interesse público, configura direito indisponível. Esta questão, na minha opinião, não foi resolvida pelas recentes alterações realizadas na Lei Federal nº 9.307, de 1996 (“Lei de Arbitragem”) pela Lei Federal 13.129, de 2015. Apesar de ter sido revogado o artigo 25 da Lei de Arbitragem – que estabelecia que se houvesse controvérsia sobre direito indisponível, o árbitro deveria suspender o procedimento arbitral e remeter o caso à autoridade competente do Poder Judiciário – as arbitragens mesmo com a revogação desse dispositivo continuarão vulneráveis a alegação perante o Poder Judiciário, posterior à sentença arbitral, de que se trata de arbitragem inválida por ter tratado de direitos indisponíveis. Portanto, lamentavelmente, a mudança recente na Lei de Arbitragem manteve essa insegurança, apesar de, aparentemente, ter havido a intenção de eliminá-la com a revogação do artigo 25 da Lei de Arbitragem.
- (b) há decisão do TCU que classifica todas as questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão como direito indisponível, o que significa que esses

direitos não poderiam, no entendimento do TCU, ser submetidos à arbitragem. Vide artigo que publiquei sobre esse tema, acessível no seguinte [link](#)<sup>34</sup>.

Claramente o Anteprojeto quer superar esses obstáculos e permitir a utilização da arbitragem para quaisquer questões relativas aos contratos de concessão e PPP, inclusive para questões relativas a alterações do contrato por interesse público.

Isso é uma ótima ideia e, de fato, melhorará o ambiente de negócios.

Em vista do nosso histórico relativo à produção da dogmática jurídica sobre arbitragem, eu acrescentaria no Anteprojeto um dispositivo dizendo expressamente que se caracterizam como direito patrimonial disponível todos os direitos e obrigações objeto dos contratos de concessão ou PPP, mesmo aqueles que atinem ao interesse público, ou pelo menos, que se caracterizam como direitos patrimoniais e disponíveis todos os direitos e obrigações relativos a questões técnicas, econômicas ou financeiras dos contratos de concessão ou PPP.

Um aspecto que precisa ser tratado é sobre o custo dos pareceres, auditorias e arbitragens que tem por objetivo substituir as decisões das agências reguladoras. Se não houver regras claras sobre isso, todos os custos serão lançados sobre os concessionários, que terão que os provisionar nas suas propostas nas licitações, ocasião, em que, considerando as incertezas sobre a dimensão desses custos, evidentemente, os concessionários os provisionarão de forma conservadora, o que significa que usuários e o Poder Concedente pagarão mais que os custos efetivos desses mecanismos.

A única solução para esse problema seria alocar tais custos ao Poder Concedente e aos usuários que arcariam com eles diretamente, ou reequilibrando os contratos de concessão em favor do concessionário. O problema desse desenho institucional, especificamente em relação à arbitragem é que ele encoraja o litígio, já que o torna sem custo para o concessionário.

A solução talvez seja estabelecer que aquele que perder a arbitragem terá que arcar com absolutamente todos os custos incorridos pela parte vencedora para participação na arbitragem.

#### **7.11. Viabilização de compensação com dívidas tributárias de créditos do concessionário relativos ao não pagamento de contraprestação ou aporte público**

O artigo 22, inciso XXIII, do Anteprojeto viabiliza que créditos do concessionário contra o Poder Concedente, decorrentes de pagamentos públicos reconhecidos, mas não realizados se tornem autônomos em relação à sua origem e possam circular no mercado e serem compensados com dívidas tributárias.

A ideia é excelente e deve ter buscado inspiração em mecanismos semelhantes que já existem na Colômbia e no Peru, que após a execução pelo contratado da Administração Pública de etapas de

---

<sup>34</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal. Arbitragem, TCU e risco regulatório: se o TCU quiser contribuir para reduzir o risco regulatório precisa rever sua posição sobre arbitragem em contratos administrativos. Disponível em <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014>>.



obras, devidamente medidas, tornam autônomo e permite a circulação como título de crédito do documento representativo da dívida da Administração Pública com o contratado.

Na Colômbia e no Peru, contudo, a liquidez desses títulos é dada pela prioridade de seu pagamento no orçamento do ente contratante. A sua função precípua não é a compensação com dívidas tributárias como no caso do mecanismo criado pelo inciso XXIII, do artigo 22.

**8. Faz sentido que essas regras sobre regime dos contratos de concessão fiquem confinadas ao PPP Mais?**

Diversas das regras acima criadas pelo Anteprojeto para o regime dos contratos melhoram o ambiente de negócios e deveriam ser aplicáveis também aos demais contratos de concessão e PPP não apenas da União, mas também dos Estados e Municípios.

Aliás, várias das regras estipuladas são desdobramentos de outras já existentes. Por exemplo, a regra de que a fixação de fórmulas de reajuste e de revisão dos pagamentos ao concessionário não podem ser definidas e impostas por uma das partes do contrato é desdobramento da regra prevista na Lei 8.666/93 que proíbe a alteração de aspectos econômicos e financeiros do contrato sem acordo entre as partes (art. 58, §1º). O dispositivo vem a remediar um contexto em que a regra da Lei 8.666/93 estava sendo ignorada no processo de elaboração dos contratos e editais de concessão da União.

Todas as regras autorizativas da utilização de arbitragem deveriam ser aplicáveis a todos os contratos em curso. A utilização da arbitragem em contratos públicos, na minha opinião, tem sido obstada por visões tradicionalistas a respeito do seu uso em contratos públicos, particularmente sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Por isso, acho que seria importante que as regras sobre regime dos contratos constantes do Anteprojeto possam ser aplicadas de forma mais ampla, a outros contratos de concessão e PPP da União, de Estados, Distrito Federal e Municípios.

**9. O alto custo para o país da degradação da credibilidade das políticas nos setores de infraestrutura e da perda da independência das agências**

Por fim, acho que cabe uma nota final sobre a mensagem que passa o Anteprojeto ao reconhecer que as decisões mais relevantes sobre os contratos de concessão e PPP devem ser tirados das agências reguladoras, que atualmente são responsáveis pela sua regulação, acompanhamento e fiscalização.

Nas entrelinhas, o Anteprojeto reconhece a perda de credibilidade e de independência das agências reguladoras e tenta tratar esse problema por meio da atribuição a pareceristas, auditores e árbitros dos poderes de decisão que restavam até aqui sobre agências.

Reconhecer a derrocada das nossas instituições relacionadas à regulação ocorrida nos últimos anos é um passo imenso para iniciar o processo de sua reconstrução.

Por outro lado, isso evidencia o enorme custo para o país que a desídia no tratamento das agências reguladoras ocasiona e ocasionará.

Nos próximos anos, esse custo ficará um pouco mais evidente nas diversas oportunidades que o Poder Concedente e os concessionários tenham que desembolsar com árbitros, pareceristas e auditores que seriam desnecessários se as nossas agências reguladoras e a sua credibilidade estivessem preservadas.