

RECEITAS ACESSÓRIAS DECORRENTES DE NOVOS PROJETOS IMOBILIÁRIOS EM CONCESSÕES E PPPS^{1,2}

Mauricio Portugal Ribeiro³

1. Introdução

A implantação e operação de projetos de infraestrutura geram oportunidades de outros negócios acessórios, complementares ou associados, cujas receitas podem ser relevantes para viabilidade da própria implantação e operação da infraestrutura (de agora em diante vou chamar as receitas decorrentes desses negócios de “Receitas Acessórias”).

¹ Queria agradecer a Alexandre Macedo, a quem esse artigo é dedicado, as diversas discussões que tivemos sobre esse tema, que inspiraram a redação desse artigo. Queria também agradecer a Mauricio Couri Ribeiro, Mariana Grimaldi, Adriano Maia, Vera Monteiro, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Camara as discussões que tivemos sobre esse tema. Mauricio Couri Ribeiro fez várias contribuições relevantes na primeira versão desse artigo, que melhoraram substancialmente o seu conteúdo. Alexandre Macedo, Rafael Wallbach Schwind e Felipe Gushiken revisaram versões desse artigo e fizeram comentários que também melhoraram seu conteúdo. Qualquer omissão ou erro é, no entanto, exclusiva responsabilidade do autor.

² Gostaria de agradecer a Carla Castro Malhano pela revisão de texto que fez nessa nota e por ter me ajudado com as referências e notas de rodapé. Eventuais erros e omissões são exclusivamente de minha responsabilidade.

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

Em concessões de aeroportos ou de mobilidade urbana, Receitas Acessórias são uma parte central das receitas do concessionário.

No caso de aeroportos de porte médio ou grande, quando bem administrados, as receitas comerciais (decorrentes sobretudo da exploração de espaços comerciais nos aeroportos ou para publicidade) são responsáveis, em regra, por mais de 50% das receitas totais do concessionário. Além disso, há muitas vezes oportunidades de instalação de hotéis ou outros novos empreendimentos imobiliários no sítio aeroportuário, em áreas próximas que fiquem sob a responsabilidade do concessionário.

No caso de concessões de serviços de transporte de massa, há muitas vezes oportunidades para a construção de shopping centers (que, em horários de pico, podem inclusive contribuir para melhorar a distribuição da demanda⁴), centros comerciais e/ou hotéis em terrenos adjacentes ou sobre, por exemplo, uma estação de trem metropolitano ou metrô.

Há, além disso, o exemplo de PPPs para a construção de centros administrativos para Estados ou Municípios que transferem a possibilidade de exploração das áreas adjacentes para o concessionário. O Município de Belo Horizonte, por exemplo, abriu recentemente um PMI – Processo de Manifestação de Interesse no qual anuncia o seu interesse de transferir os direitos de exploração das áreas adjacentes ao centro administrativo para o concessionário, de modo a minimizar o valor dos pagamentos públicos por sua construção e operação. Nos documentos publicados do PMI, o Município se compromete, inclusive, a mudar as regras urbanísticas aplicáveis às áreas, caso isso seja necessário para maximizar o seu aproveitamento econômico, de modo a reduzir os desembolsos do Município com o pagamento ao concessionário pela construção e operação do centro administrativo.⁵

Com raríssimas exceções, os contratos de concessão e PPP brasileiros são inadequados para maximizar o aproveitamento das receitas decorrentes de empreendimentos imobiliários.

⁴ Em horário de pico, shopping centers adjacentes às estações de transporte de massa podem servir como meio para regular a demanda e aumentar o conforto dos passageiros. Para evitar de entrar, por exemplo, no trem lotado no horário de pico, alguns passageiros preferem fazer compras, ou usar a área de diversão e alimentação do shopping center até que se reduza o fluxo na estação. Isso proporciona maior conforto tanto para os passageiros que decidem usar o transporte em horário de pico, quanto para aqueles que resolvem utilizar o shopping center para aguardar um momento mais conveniente para usar o transporte.

⁵ Trata-se do PMI nº 01/2014 de Belo Horizonte, cujo objeto compreende equipamentos obrigatórios e acessórios, sendo que “os primeiros dizem respeito às edificações que abrigarão os órgãos da administração pública, enquanto que os outros referem-se a edificações comerciais que poderão ser explorados pelo futuro concessionário durante o período de concessão”, devendo-se considerar que “o projeto de implantação do centro administrativo será objeto de tratativa especial, sendo viável a adoção de índices urbanísticos distintos dos previstos nas normas municipais, que poderão ser objeto de alteração visando à sua conformação às necessidades do desenvolvimento do projeto de que trata o presente edital.” (Edital retificado do PMI nº 01/2014 de Belo Horizonte, pp. 2 e 14. Disponível na internet: <http://www.pbhativos.com.br/content/pmi-andamento>).

O problema central que impede o aproveitamento mais eficiente de receitas decorrentes da exploração de projetos imobiliários é a vinculação do prazo do empreendimento imobiliário ao prazo de vigência do contrato de concessão, o que, de um lado, implica em necessidade do investidor no empreendimento imobiliário amortizar seu investimento no prazo do contrato de concessão, o que nem sempre é possível, em vista da maturidade dos projetos imobiliários se realizar em prazos mais longos (pelo menos 50 anos; enquanto os contratos de concessão são celebrados por geralmente 25-30 anos).

Doutro lado, essa vinculação do prazo do empreendimento imobiliário ao prazo da concessão implica que o empreendedor imobiliário termine por assumir, ainda que parcialmente:

- a) o risco de desempenho do concessionário – se houver, por exemplo, extinção antecipada do contrato de concessão ou PPP por descumprimento pelo concessionário do contrato (caducidade), o empreendedor imobiliário terminará atingido por essa extinção do contrato de concessão;
- b) os riscos políticos decorrentes do contrato de concessão ou PPP – se houver extinção antecipada do contrato por encampação (extinção por decisão política do Governo) ou rescisão (extinção por descumprimento do contrato pela Administração Pública), o empreendimento imobiliário será afetado por esses eventos.

O presente artigo tem por objetivo contribuir para o desenvolvimento de cláusulas dos contratos de concessão e PPP para a maximização das receitas decorrentes de novos empreendimentos imobiliários (a serem implantados ao longo do contrato de concessão), beneficiando o Poder Concedente, o usuário e o concessionário.

Para isso, pretendo, primeiro descrever como a lei e os contratos geralmente tratam as Receitas Acessórias. A seguir, pretendo abordar sumariamente a relação entre o concessionário e o empreendedor imobiliário e descrever os principais obstáculos à viabilização de empreendimentos imobiliários ligados a contratos de concessão ou PPP. Após isso, vou analisar a cláusula sobre esse tema que constou do contrato de concessão do Aeroporto do Galeão, que me parece um marco importante nessa área. Nesse ponto, será preciso tratar de um obstáculo adicional para viabilização dos empreendimentos imobiliários, no caso de contratos de PPP: o prazo legal máximo de 35 anos.

Nos itens seguintes, vou propor algumas diretrizes sobre como deveriam ser as cláusulas sobre Receitas Acessórias decorrentes de projetos imobiliários nos novos contratos de concessão e PPP. Vou abordar a seguir, ainda que rapidamente, o problema da alteração de contratos já assinados e que não possuem regras adequadas sobre esse tema. E, por último, vou voltar atenção sobre o caso do empreendedor imobiliário que é parte relacionada da concessionária e

os impactos disso sobre a apropriação pelos usuários e pelo Poder Concedente de ganhos decorrentes da exploração de Receitas Acessórias.

2. As regras legais e a situação atual dos contratos de concessão e PPP em relação às Receitas Acessórias

A nossa legislação trata genericamente do tema das Receitas Acessórias no artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/95 (“Lei de Concessões”).

Esse dispositivo apenas autoriza o edital de licitação a prever em favor do concessionário a exploração de “(...) *receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas*”. Além disso, o dispositivo exige que as Receitas Acessórias sejam consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O tratamento do tema da receita acessória no marco legal é tão sumário, que a minha impressão é que, quando se concebeu a Lei de Concessões, sequer se tinha noção da relevância que o tema poderia ter em concessões e PPPs.

Eu me lembro que, no processo de elaboração da Lei de PPP, o tema chegou a ser discutido, mas, naquela época (2004), o parâmetro que tínhamos de exploração de Receitas Acessórias em concessões era o que ocorria no setor de infraestrutura rodoviária. Encontrei na época estudo sobre a exploração de Receitas Acessórias em concessões de rodovias, ao qual fiz referência em nota de rodapé⁶ nos meus Comentários à Lei de PPP. Esse estudo mostrava que, em nenhum dos lugares do mundo pesquisados, as Receitas Acessórias de concessões de infraestrutura rodoviária passavam de 5% do valor das suas receitas totais. Por isso, o meu entendimento era que seria suficiente a Lei de PPP simplesmente fazer referência ao dispositivo sobre o tema já previsto na Lei de Concessões. Ninguém imaginou na época da elaboração da Lei de PPP a situação completamente diversa em relação a esse tema, por exemplo, das concessões de aeroportos e de linhas de metrô.

E foi conforme a minha sugestão que o tema foi tratado na Lei de PPP: subsidiariamente, a regra prevista no art. 11 da Lei 8.987/95 se aplica às concessões patrocinadas. Nada se diz, contudo, na Lei de PPP, sobre a aplicação dessa regra às concessões administrativas, o que, na

⁶ “O volume das receitas adicionais vinculadas a um dado contrato de concessão varia bastante de setor para setor. No caso, por exemplo, das concessões rodoviárias no Brasil, segundo dados da ANTT, as receitas adicionais em média não alcançam 5% do total de receitas anuais dos concessionários. A experiência internacional sobre o assunto é semelhante. No caso de Portugal a estimativa é que, em concessões rodoviárias, elas representam 2% do total de receitas. Na Itália elas representam entre 4,5 a 5%. E na Espanha em torno de 3%. Na Áustria, 4%. Na França, 2% (cf. ASECAP – Association Européenne des Concessionnaires d’Autoroutes et d’Ouvrages à Péage, Infrastructure Financing Systems within ASECAP, 13.5.2003).”, Cf.: Ribeiro, Mauricio Portugal & Prado, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos*, São Paulo, Malheiros Editores, pp.197, nota de rodapé n. 2.

minha opinião, significa que há liberdade do Poder Concedente para tratar o tema no contrato, da forma que entender cabível.

Com base no tratamento legal acima exposto, praticamente todos contratos de concessão ou PPP de grandes infraestruturas previram a possibilidade dos concessionários explorarem Receitas Acessórias e estabeleceram regras de compartilhamento dessas receitas.

Note-se que alguns autores de Direito Administrativo, com base na expressão “(...) *com vistas a favorecer a modicidade das tarifas (...)*” prevista no art. 11, da Lei de Concessões entendiam que todas as Receitas Acessórias geradas pelo concessionário deveriam ser revertidas para a modicidade tarifária.⁷

Esse entendimento, na prática, me parece superado, pois é atualmente claro para os reguladores e agentes públicos encarregados da modelagem de concessões e PPPs que, se todo o ganho decorrente da exploração de Receitas Acessórias for revertido para modicidade tarifária, então o concessionário não terá nenhum incentivo para explorar as Receitas Acessórias. Seria como jogar o bebê fora, juntamente com a água do banho. Atualmente, quase todos os contratos de concessão ou PPP de grandes infraestruturas preveem regras de compartilhamento das Receitas Acessórias atribuindo montantes aos concessionários que gerem incentivos para a sua exploração.

Essas regras de compartilhamento são geralmente bastante simples, estabelecendo percentual da receita líquida ou da receita bruta das Receitas Acessórias para o concessionário. Na minha

⁷ “É claro que essas receitas adicionais serão integradas na equação econômico-financeira da concessão, na acepção de que terão por finalidade a redução do valor das tarifas. A própria dicção da norma do art. 11 da Lei n. 8.987/95 assim impõe. Mas uma dúvida que pode surgir, nesse mister, diz com a possibilidade de repartição dos ganhos produzidos por esses negócios associados à concessão entre usuários e concessionário: se é certo que as receitas adicionais serão absorvidas em benefício da modicidade tarifária, planta-se a dúvida acerca da hipótese de esses ganhos serem dirigidos também ao incremento do lucro do concessionário. A cogitação pressupõe soluções que alcancem não só o uso dessas receitas excedentes como via para a redução das tarifas, mas ainda em benefício também do concessionário, elevando sua margem de lucro, numa fórmula que promova a repartição dos ganhos obtidos com tais negócios e projetos associados. Subjacente a essa ideia está uma meta de incentivo ao concessionário no que diz com a gestão eficiente e lucrativa dos negócios explorados com vinculação econômica à concessão.

Parece-me inexistir óbice jurídico à hipótese. Veja-se que a modicidade tarifária é uma *finalidade* a ser alcançada a partir da hipótese da norma do art. 11. A redução da tarifa, nesse particular, não se trata de uma destinação obrigatória e automática de todos os recursos auferidos com negócios associados. O que exige a norma é que esse mecanismo (de integração econômica na concessão de negócios associados) seja concebido e praticado com a finalidade de obter a modicidade tarifária. Mas, a partir dessa solução, nem sempre a aplicação global dos recursos tirados dos rendimentos de negócios associados exclusivamente na compensação dos custos/redução das tarifas será a melhor via para a promoção da modicidade tarifária. Repartir ganhos entre o concessionário e os usuários, estimulando com isso o concessionário à maximização dos lucros associados, pode consistir numa prática regulatória mais eficiente para promover a modicidade tarifária e cumprir a finalidade inscrita no art. 11 da Lei n. 8.987/95.

Essa orientação procura inserir a prescrição do art. 11 no contexto sistemático da Lei n. 8.987/95, o que envolve toda uma evolução hermenêutica sobre o modelo concessório evidenciada nos últimos anos.” (GUIMARÃES. Fernando Vernalha. Concessão de serviço público. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pp. 228 e 229).

opinião, é mais interessante estabelecer como critério de compartilhamento um percentual da receita bruta, ainda que esse percentual seja nominalmente menor do que o que se poderia estabelecer sobre a receita líquida.

Há também casos em que se estabelece como critério para repartição das Receitas Acessórias um percentual do resultado líquido do negócio para o concessionário. Ainda que esse sistema possa ter alguns méritos, ele pressupõe a capacidade do Poder Concedente acompanhar os custos do negócio que gera as Receitas Acessórias. E geralmente o Poder Concedente não tem essa capacidade, de maneira que o meu conselho seria evitar esse critério de repartição, salvo alguma situação excepcional na qual, em vista da situação concreta, a adoção desse critério tenha potencial para gerar ganhos extraordinários para ambas as partes.

Em alguns casos, o edital e contrato transferem para o concessionário o direito sobre a íntegra das Receitas Acessórias, o que leva o concessionário a considerá-las no leilão, isto é, ele considera as Receitas Acessórias para dimensionar o desconto ou ágio que dará no preço de referência estabelecido para a licitação.

A fragilidade de se adotar esse sistema sem prever que o Poder Concedente ou os usuários se apropriarão de uma parcela das Receitas Acessórias a serem geradas é que, como os contratos de concessão e PPP são contratos de longo prazo, é possível que apareçam ou se viabilizem novas oportunidades de exploração de Receitas Acessórias, inclusive imobiliárias, que o concessionário não considerou na sua estimativa originária.

Por isso, é sempre interessante prever no contrato que um percentual das Receitas Acessórias a serem geradas pelo concessionário sejam destinadas à modicidade tarifária, ao Poder Concedente, ou à realização de novos investimentos na concessão, estejam tais Receitas Acessórias previstas ou não no plano de negócios originário do concessionário. De qualquer modo, o concessionário considerará a possibilidade de ajustar o seu preço na licitação em vista das Receitas Acessórias que ele entender que conseguirá gerar ao longo da concessão.

Para efeito de apuração da participação do Poder Concedente/usuários nas Receitas Acessórias, geralmente o contrato exige a manutenção de contabilidade separada dos custos e receitas relacionadas à Receita Acessória.⁸

⁸ Os contratos de concessão das rodovias federais integrantes da 3ª Etapa, Fases I (item 19.3), II (item 17.3) e III (item 19.3), quais sejam, os das BR-040/DF/GO/MG, BR-101/ES/BA, BR-101/BA, BR-262/ES/MG, BR-153/TO/GO, BR-050/GO/MG, BR-163/MS, BR-163/MT, determinam que “(...) a Concessionária deverá manter contabilidade específica de cada contrato gerador das Receitas Extraordinárias, com detalhamento das receitas, custos e resultados líquidos.” Assim como também preveem os contratos de concessão dos aeroportos de Brasília, Campinas e Guarulhos (itens 11.2) e do Galeão e Confins (item 11.3): “Em todos os contratos que a Concessionária celebrar para formalizar a utilização de espaços no Complexo Aeroportuário com o objetivo de exploração econômica deverá constar o dever de o terceiro: (...) disponibilizar, a qualquer tempo, inclusive por solicitação da ANAC, as demonstrações contábeis relativas à exploração realizada; e (...) adotar contabilidade separada para cada uma das atividades exploradas, segundo as normas contábeis vigentes.”

Seria, além disso, possível exigir que as Receitas Acessórias sejam exploradas por subsidiária integral da SPE – Sociedade de Propósito Específico, concessionária do projeto.⁹

Vale notar que, recentemente, a legislação sobre desapropriações foi modificada (inclusão pela Lei Federal nº 12.873/03 de parágrafo único, no artigo 4º, do Decreto-Lei 3.365/41)¹⁰ para viabilizar a revenda ou utilização imobiliária, por conta e risco do concessionário, de áreas desapropriadas para implantação de projetos contratados como concessão ou parceria público-privada, desde que a desapropriação tenha por objetivo último a urbanização ou reurbanização das áreas.

Essa alteração legal deve criar diversas oportunidades de Receitas Acessórias imobiliárias em projetos de concessão e PPP, inclusive naqueles setores, como o de infraestrutura rodoviária, em que as Receitas Acessórias imobiliárias não eram necessariamente relevantes para a implantação dos projetos. Imagine-se, por exemplo, as diversas oportunidades imobiliárias que, com esse dispositivo legal, podem ser associadas a um projeto de rodovial metropolitano a ser implantado sob a forma de PPP, de maneira a, no médio prazo, no caso de sucesso dos empreendimentos imobiliários, reduzir ou subsidiar os pagamentos do Poder Concedente ao concessionário pela implantação da infraestrutura.

3. Breve descrição da estrutura do empreendimento imobiliário e sua relação com a concessão

Suponha-se que o contrato de concessão transfira para o concessionário de uma linha de metrô os direitos de exploração imobiliária de área adjacente a uma estação de metrô.

Como o concessionário não tem expertise para exploração da área, ele pretende realizar um contrato com um empreendedor imobiliário, pelo qual o empreendedor imobiliário receberá o

⁹ Assim como ocorre nos contratos de concessão dos aeroportos do Galeão e Confins; Brasília, Viracopos e Guarulhos que em seu item 4.13 determinam que: “A prestação de serviços auxiliares ao transporte aéreo que não sejam remunerados por Receitas Tarifárias somente poderá ser realizada diretamente pela Concessionária por meio de subsidiária integral, adotando contabilidade separada para cada uma das atividades exploradas por suas subsidiárias, segundo as normas contábeis vigentes, permitindo que a ANAC também realize auditorias destas subsidiárias sempre que entender necessário.”

¹⁰ Decreto-Lei nº 3.365/1941, “Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

Parágrafo único. Quando a desapropriação destinar-se à urbanização ou à reurbanização realizada mediante concessão ou parceria público-privada, o edital de licitação poderá prever que a receita decorrente da revenda ou utilização imobiliária integre projeto associado por conta e risco do concessionário, garantido ao poder concedente no mínimo o ressarcimento dos desembolsos com indenizações, quando estas ficarem sob sua responsabilidade. [\(Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013\)](#)”

direito de explorar a área (implantar e operar um shopping center, por exemplo) em troca de pagamentos ao concessionário.

O arranjo contratual entre o concessionário e o empreendedor imobiliário pode ser realizado de diversas formas e envolver pagamentos fixos (pela disponibilização do terreno), e/ou pagamentos variáveis (por exemplo, uma participação nos lucros do empreendimento).

Apesar de estar fora do escopo do presente artigo fazer um mapeamento mais detalhado e descrição dos arranjos que poderiam ser realizados entre o concessionário e o empreendedor imobiliário, creio que vale a pena mencionar 3 arranjos possíveis: a locação da área; a cessão de uso da área; e a criação de uma SPE – Sociedade de Propósito Específico, com participações do empreendedor imobiliário e do concessionário.

Cada um desses arranjos tem vantagens e desvantagens do ponto de vista jurídico, particularmente no que toca ao regime tributário incidente sobre eles.

Aliás, em vista da diferença de tributação que costuma incidir sobre, de um lado, receitas provindas de pagamento de aluguel ou cessão de uso e, doutro lado, receitas pagas como dividendos, é bem provável que seja mais eficiente para o concessionário do ponto de vista tributário viabilizar que as suas receitas decorrentes da exploração da área sejam pagas como dividendos. Isso, contudo, certamente vai requerer um esforço maior de estruturação do negócio, inclusive para imunizar o concessionário contra o risco de criação de custos indevidos na SPE, pelo empreendedor imobiliário, que reduzam as receitas destinadas ao concessionário.

4. Principais obstáculos à viabilização de empreendimentos imobiliários e como resolvê-los

Como já mencionei na introdução desse artigo, na minha experiência como advogado de concessionários de projetos de aeroportos e de mobilidade urbana, o principal obstáculo à maximização de receitas provenientes da exploração imobiliária é a vinculação entre a extinção do contrato de concessão e a extinção do contrato que dá ao empreendedor imobiliário o direito de explorar a área.

A consequência dessa vinculação é a extinção do direito do empreendedor imobiliário de explorar a área ou o que nela vier a ser construído juntamente com a extinção do contrato de concessão ou PPP, pois – considerando o conteúdo das cláusulas usualmente utilizadas nos contratos de concessão¹¹ – essa área reverterá para o Poder Concedente, extinguindo-se todos os direitos e contratos que a envolvam celebrados pelo concessionário.

¹¹ A título exemplificativo, citamos os contratos de concessão das rodovias federais integrantes da 3ª Etapa, Fases I (item 19.4), II (item 17.4) e III (item 19.4), quais sejam, os das BR-040/DF/GO/MG, BR-101/ES/BA, BR-101/BA, BR-262/ES/MG, BR-153/TO/GO, BR-050/GO/MG, BR-163/MS, BR-163/MT, que determinam que “O

Essa vinculação termina por transferir para o empreendedor imobiliário o risco de desempenho do concessionário (se houver uma caducidade por descumprimento do contrato pelo concessionário, o empreendedor acaba impactado por isso) e os riscos políticos, de descumprimento do contrato pelo Poder Concedente, que deem origem à rescisão do contrato, ou a hipótese de decisão política de extinção do contrato (encampação).¹²

Evidentemente que a depender da atratividade da área, é possível que o concessionário e empreendedor imobiliário cheguem a um preço que termine viabilizando o empreendimento, apesar de todos os riscos apontados.

Mas, certamente, como os empreendedores imobiliários não estão acostumados a assumir os riscos acima mencionados e, como os prazos dos seus empreendimentos geralmente são muito mais longos que os contratos de concessão, então é bastante provável que os direitos sobre a área que o concessionário ceder para implantação do empreendimento imobiliário serão precificados com valores muito abaixo dos valores de mercado.

Como parte das receitas decorrentes da exploração dessas áreas será revertida para o Poder Concedente ou para a modicidade tarifária, a perda de valor das áreas vinculadas a uma concessão impactará negativamente o Poder Concedente e os usuários do serviço. É, portanto, interesse público que essa situação seja equacionada de maneira a permitir que os direitos de exploração das áreas vinculadas à concessão possam ser precificados a valores de mercado, conforme os padrões ordinários do mercado imobiliário.

5. O que já se fez: o contrato de concessão do Aeroporto do Galeão

No contrato de concessão do Aeroporto do Galeão, há previsão da possibilidade do Poder Concedente, mediante solicitação do concessionário, permitir a desvinculação do prazo dos empreendimentos imobiliários do prazo do contrato de concessão.

Isso é um avanço em relação ao conteúdo tradicional das cláusulas de contratos de concessão sobre o tema, que vincula o prazo dos contratos geradores de Receitas Acessórias ao prazo da

contrato de Receita Extraordinária terá natureza precária e vigência limitada ao término deste Contrato”; e o contrato de concessão dos aeroportos de Brasília, Campinas e Guarulhos, “11.1. A Concessionária poderá celebrar com terceiros, prestadores de serviços de transporte aéreo, de serviços auxiliares ao transporte aéreo ou exploradores de outras atividades econômicas, contratos que envolvam a utilização de espaços no Complexo Aeroportuário, pelo regime de direito privado, observando-se a regulação vigente, bem como: 11.1.1. seu prazo de vigência não poderá ultrapassar o do Contrato de Concessão; (...) 11.1.5. em caso de extinção antecipada da Concessão, inclusive por caducidade e encampação, o Poder Concedente ou o novo operador do Aeroporto poderá, independentemente de indenização, denunciar os contratos celebrados pela Concessionária envolvendo a utilização de espaços vinculados à Concessão, salvo se a celebração do contrato tiver sido precedida de expressa aprovação da ANAC nos casos em que o montante elevado dos investimentos a serem realizados pelo cessionário justificar a sua manutenção mesmo quando da extinção antecipada da Concessão.”

¹² Não é viável o concessionário assumir esse risco porque ele também não teria como gerenciá-lo.

concessão. Esse avanço provavelmente terá impacto positivo relevante na valoração do direito de exploração das áreas que tenham o prazo de exploração desvinculado do prazo da concessão.

Vejam abaixo as disposições do contrato de concessão do Aeroporto do Galeão sobre o tema:

“11.1. A Concessionária poderá celebrar com terceiros, prestadores de serviços de transporte aéreo, de serviços auxiliares ao transporte aéreo ou exploradores de outras atividades econômicas, contratos que envolvam a utilização de espaços no Complexo Aeroportuário, pelo regime de direito privado, observando-se a regulação vigente, bem como:

11.1.1. Seu prazo de vigência não poderá ultrapassar o do Contrato de Concessão, salvo nos casos em que o prazo remanescente da concessão não for suficiente para garantir viabilidade econômica ao empreendimento, mediante anuência da Infraero e prévia autorização da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, ouvida a ANAC;

11.1.2. A anuência e a autorização previstas no item 11.1.1 ficam condicionadas à análise de conveniência e oportunidade, respectivamente, pela Infraero e pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, sendo que qualquer negativa não enseja, em qualquer hipótese, reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.”
(grifei)

Por outro lado, apesar desse avanço, o item 11.2.4 do referido contrato continua passando para o empreendedor imobiliário o risco de caducidade, rescisão e encampação do contrato de concessão, o que certamente desvalorizará os direitos de exploração das áreas. Vejam abaixo o dispositivo mencionado:

“11.2. a remuneração será livremente pactuada entre a Concessionária e a outra parte contratante;

11.2.1. Os contratos cujos prazos ultrapassarem o prazo de vigência da Concessão, previamente autorizados nos termos do item 11.1.1, deverão prever remuneração periódica em parcelas iguais durante toda sua vigência, sendo vedada a antecipação das parcelas que extrapolem o prazo de concessão.

11.2.2. seus termos não poderão comprometer os padrões de segurança e de qualidade do serviço concedido;

11.2.3. não será permitida a exploração de atividade ou a veiculação de publicidade que infrinja a legislação em vigor, que atente contra a moral e os bons costumes, de cunho religioso ou político partidário;

11.2.4. em caso de extinção antecipada da Concessão, inclusive por caducidade e encampação, o Poder Concedente ou o novo operador do Aeroporto poderá, independentemente de indenização, denunciar os contratos celebrados pela Concessionária envolvendo a utilização de espaços vinculados à Concessão; e (...)”

Notem, além disso, que o item 11.2.1 mostra preocupação em evitar a antecipação de Receitas Acessórias pelo concessionário. O objetivo parece ter sido evitar que o concessionário antecipe receitas que poderiam beneficiar o próximo concessionário.

Em relação aos usuários do serviço, essa regra impede que se subsidie os usuários presentes em detrimento dos usuários futuros da infraestrutura.

Para o Poder Concedente, a conveniência ou não de antecipar essas receitas depende de diversas considerações, entre outras, da taxa de desconto a ser utilizada para a antecipação e de análise das consequências do ponto de vista da legislação de responsabilidade fiscal.

De qualquer modo, a decisão sobre essa antecipação, em favor do usuário, do Poder Concedente, ou da inclusão de investimentos na concessão, é uma decisão que o Poder Concedente deve adotar quando da elaboração do contrato de concessão ou PPP.

6. Um problema adicional no caso das PPPs: o limite legal máximo de prazo de 35 anos do contrato

Nos contratos de PPP, o descolamento de prazo entre o empreendimento imobiliário e o contrato de PPP enfrenta um obstáculo adicional quanto ao limite de prazo máximo dos contratos de PPP, que é de 35 anos, incluindo prorrogações.

O ideal seria alterar esse dispositivo legal para prever que os projetos imobiliários associados a contratos de PPP poderiam ter prazos superiores ao prazo total dos contratos de PPP. Mas, alterações legais, mesmo quando benéficas ao interesse público, são difíceis e demoradas para se realizarem, o que torna necessária a busca de outras soluções.

Uma possibilidade para viabilizar esse descolamento de prazos em face de contrato de PPP seria entender-se que a função do prazo de 35 anos estaria relacionada com razões de natureza fiscal. Dessa perspectiva, o limite genérico de 35 anos existiria para os contratos de PPP (mas

não para os de concessão comum) porque os contratos de PPP envolvem comprometimento de realização de pagamentos pela Administração Pública. O prazo de 35 anos seria uma forma de limitar esses compromissos de pagamento público. Como a exploração de receitas acessórias não gera compromissos de pagamento público, seria possível autorizar que os contratos relativos à exploração dessas receitas tenham prazos mais longos do que os da concessão e permaneçam à substituição do concessionário por advento do termo da concessão.¹³

O grande problema de se fazer isso é o risco de questionamentos posteriores por órgãos de controle, que eventualmente inviabilizassem a permanência da exploração imobiliária para além do prazo legal máximo do contrato de PPP.

A depender da avaliação desse risco pelo mercado imobiliário, o empreendimento imobiliário sequer se viabilizaria, ou o seu preço teria que se ajustar a esse risco, frustrando, assim, o objetivo final da perspectiva do interesse público, que é a maximização de receitas a serem destinadas para a modicidade tarifária, para o Poder Concedente ou para subsidiar, por exemplo, investimentos na prestação dos serviços objeto da PPP.

Outra possibilidade para viabilizar o descolamento de prazo que permita que os empreendimentos imobiliários alcancem pelo menos 50 anos de prazo de exploração, seria não caracterizar a exploração imobiliária como projeto associado à PPP ou seus resultados como receitas acessórias da PPP. A ideia seria licitar, em conjunto com o contrato de PPP, um contrato à parte (mas vinculado ao edital da PPP) que desse ao concessionário a possibilidade de explorar as áreas com potencial para empreendimentos imobiliários por prazos superiores ao do contrato de PPP. Esses contratos poderiam estabelecer que, extinto o contrato de PPP, permanece em execução o contrato para exploração das áreas sub-rogando-se o Poder Concedente à posição que era originalmente do concessionário.

O risco envolvido na implantação dessa solução é que visões mais conservadoras sobre o funcionamento dos processos licitatórios veriam como heresia a possibilidade de licitar dois contratos e dois objetos distintos em um mesmo edital de licitação. Contra essas posições mais conservadoras, creio que o melhor remédio é apontar as diversas situações em que a estrutura dos editais e contratos de concessão e PPP já desbordaram dos cânones tradicionais da doutrina do nosso Direito Administrativo. O meu livro *Concessões e PPPs: melhores práticas em*

¹³ “Não são aplicáveis, a essas alterações em contratos de concessão rodoviária, os limites de valor (até 25% de acréscimo) previstos na legislação para os contratos administrativos ordinários (art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993). A alteração das concessões tem outros fundamentos e é condicionada por outros limites, como vimos, reportando-se à ideia de inexigibilidade de licitação, não à de dispensa. Os limites da Lei 8.666/1993 são para contratos que acarretam despesas orçamentárias à Administração contratante, estando ligados também a preocupações de responsabilidade fiscal. Nas concessões comuns, porém, a Administração não remunera diretamente a concessionária. O valor dos contratos de concessão nada tem a ver com os critérios pelos quais o valor dos contratos da Lei 8.666/1993 é definido (a remuneração é paga pela Administração ao contratado). Isso inviabiliza a aplicação, às concessões, do limite de acréscimo da Lei 8.666/1993” (SULDFELD, Carlos Ari. Condições jurídicas para ampliação do contrato de concessão rodoviária. In: Coleção Pareceres, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 135-136).

licitações e contratos documenta diversas dessas situações e, aliás, recomenda a adoção de várias medidas na estruturação de licitações, que as tornariam mais eficientes, mas que seriam vistas como heresias pelo administrativista que enxerga na Lei 8.666/93¹⁴ a última conquista do espírito humano em termos de estruturação de licitação.¹⁵ Felizmente, várias das minhas recomendações têm sido seguidas por agentes públicos mais preocupados com a eficiência da atuação administrativa do que com o cumprimento de formalidades vazias. E isso está abrindo caminho para que se crie um acervo de experiências que dão consistência à prevalência da busca da eficiência sobre o puro formalismo.

Note-se, além disso, que, apesar de não haver menção explícita em lei, a licitação de vários contratos em um mesmo edital é bastante comum quando se tratam de objetos semelhantes, por meio da designação de “lotes”. No caso das concessões, por exemplo, de infraestrutura rodoviária ou de linhas de transmissão já se publicou várias vezes editais que contemplavam contratos ligeiramente diferentes para cada um dos lotes.

Nesse contexto, me parece perfeitamente lícita a licitação em conjunto do contrato de PPP e de um contrato que atribua ao vencedor da licitação da PPP o direito de explorar as áreas por um prazo maior que o do contrato de PPP, desde que tecnicamente se possa evidenciar a conveniência de realização, nesse caso, de uma licitação para celebrar esses dois contratos (o de PPP e o que permite a exploração das áreas) com a empresa ou consórcio que a vencer.

Uma solução que me parece, simples, elegante e efetiva na sua função de reduzir os riscos de questionamento é a que foi proposta pela Professora Vera Monteiro, em reunião que tive com ela, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Camara para discutir esse tema.

Vera propôs que o Poder Concedente e o concessionário formassem uma SPE – Sociedade de Propósito Específico para exploração de área vinculada a contrato de PPP. A concessionária aportaria na SPE os direitos de exploração da área pelo prazo do contrato de concessão e o Poder Concedente aportaria os direitos pelo prazo restante necessário à viabilização do empreendimento imobiliário.¹⁶

¹⁴ E, talvez, mais recentemente, enxergue no RDC – Regime Diferenciado de Contratação a última conquista do espírito humano em relação às licitações.

¹⁵ Até hoje me surpreende que nos livros jurídicos sobre licitações, não há uma palavra sobre, por exemplo, a Teoria dos Leilões, que é a teoria econômica sobre a eficiência na estruturação de licitações. Quando se fala em eficiência das licitações no mundo do Direito Administrativo é como uma noção genérica, como um argumento retórico, sem qualquer investigação sobre como isso se traduz em realidade. O Professor-padrão de Direito Administrativo das nossas melhores faculdades muitas vezes sequer sabe da existência da Teoria dos Leilões, e da sua relação, por assim dizer, umbilical com o tema que ele ensina.

¹⁶ Como os direitos de exploração dos primeiros anos é aportado pelo concessionário, mesmo que o período de exploração aportado por cada parte seja igual (por exemplo, se ambas as partes aportassem 30 anos de direito de exploração), a valor presente a tendência é que os direitos do concessionário tenham valor bem mais alto que os direitos de exploração do Poder Concedente.

Imagine-se, por exemplo, o caso de um contrato de PPP de 30 anos. O concessionário aportaria na SPE o direito de exploração da área por 30 anos. E o Poder Concedente aportaria os direitos de exploração da área pelos 20 anos seguintes. Ao término do contrato de PPP, a participação acionária da concessionária na SPE reverteria para o Poder Concedente. Mas os contratos firmados pela SPE com empreendedores imobiliários para exploração do patrimônio imobiliário vinculado à infraestrutura objeto do contrato de PPP não seriam impactados pela extinção do contrato de PPP.¹⁷

A solução sugerida por Vera pode ser aplicada tanto no momento da licitação (prever-se-ia no edital da PPP a futura parceria entre o Poder Concedente e o concessionário para exploração das áreas), quanto no caso de contrato de PPP em curso no qual não há previsão sobre esse tema no contrato originário, mas há interesse do Poder Concedente e do concessionário em viabilizar o descolamento de prazos para maximizar os ganhos decorrentes da exploração imobiliária das áreas.

De um ponto de vista formal, é necessário verificar se o órgão ou ente estatal tem as autorizações cabíveis (inclusive, se for o caso, a autorização legislativa) para participar como minoritário na SPE que explorará o patrimônio imobiliário vinculado ao contrato de PPP. De uma perspectiva material, a participação em SPE supõe a capacidade de estabelecimento de uma governança adequada e indicação pelo Poder Concedente, para os órgãos e cargos cabíveis na SPE, de agentes aptos a acompanhar a gestão da SPE.

7. O que os Poderes Concedentes deveriam fazer de agora em diante para facilitar a exploração de receitas acessórias imobiliárias em concessões e PPPs?

7.1. Estudos de viabilidade das concessões e PPPs

A viabilidade de empreendimentos imobiliários é extremamente sensível a mudanças na oferta e na demanda. A alta volatilidade desses negócios torna extremamente difícil a previsão pelo Poder Concedente das Receitas Acessórias provindas desses empreendimentos como parte das receitas da concessão.

É que um projeto imobiliário que seja viável hoje, pode ser tornar, no prazo de um ano, algo completamente inviável, a depender de mudanças nas condições de mercado. Isso ocorre mesmo em casos com envolvimento de empreendedores experientes, com pleno controle dos

¹⁷ A extinção antecipada do contrato de PPP teria impactos relevantes no plano da SPE. Mas seria possível o Poder Concedente, na constituição da SPE, realizar arranjos que assegurasse que, se, por qualquer motivo, o direito do concessionário de exploração da área cessasse antes da exaustão do prazo do contrato de PPP, o Poder Concedente garantiria à SPE o direito de exploração da área pelo prazo total estipulado na sua constituição. Esse cuidado tornaria viável proteger o empreendedor imobiliário que viesse a contratar com a SPE dos riscos de extinção antecipada do contrato - por encampação, rescisão ou caducidade - e, dessa forma, permitiria a maximização dos ganhos do usuário e do Poder Concedente decorrente da exploração do patrimônio imobiliário vinculado à PPP.

riscos gerenciáveis do negócio: custo do terreno e da obra. Entre especialistas no tema, é comum se dizer que mesmo um empreendedor experiente e cuidadoso vai errar em 10 a 20% dos seus empreendimentos.

Nesse contexto de volatilidade desses empreendimentos, não me parece recomendável *a priori* que o Poder Concedente considere, nos estudos de viabilidade dos projetos de infraestrutura, as receitas decorrentes desses novos empreendimentos imobiliários para formação do preço teto ou piso da licitação.

Isso porque, se o Poder Concedente errar no dimensionamento dessas receitas e na análise da viabilidade do empreendimento, ele corre o risco de inviabilizar a licitação do projeto de infraestrutura ao qual o empreendimento imobiliário está associado, que daria vazia, por assimetria entre a avaliação do Poder Concedente e da iniciativa privada em relação aos riscos e aos montantes das Receitas Acessórias imobiliárias envolvidas na exploração da infraestrutura.

Por isso, sem ser especialista no tema, mas tendo conversado com diversos especialistas, a minha impressão é que as Receitas Acessórias decorrentes da exploração de novos empreendimentos imobiliários devem ser consideradas como receitas cuja realização envolve altos riscos e, por isso, não devem compor as receitas utilizadas para cálculo do preço piso ou teto de referência para a licitação.

Nesse contexto, é extremamente importante que o edital e o contrato prevejam mecanismos que permitam ao Poder Concedente e aos usuários se apropriarem de uma parcela das receitas acessórias, caso elas de fato se realizem.

A depender da modelagem do edital, a concorrência na licitação pode incentivar os participantes a considerarem no preço ofertado na licitação as Receitas Acessórias decorrentes de novos empreendimentos imobiliários que divisarem e que entenderem que podem realizar com menor risco. Além disso, como já comentei acima e voltarei ao tema com mais detalhes abaixo, é importante ter mecanismo para apropriação *a posteriori* pelo Poder Concedente ou usuários de parcela da Receita Acessória imobiliária que eventualmente sequer tenha sido divisada pelo vencedor da licitação no momento da apresentação da sua proposta na licitação.

7.2. Modificação necessária nos contratos e editais de concessão e PPP

Os novos contratos de concessão ou PPP, por sua vez, deveriam:

- a) Deixar claro que o concessionário tem o direito de viabilizar novos empreendimentos imobiliários nas áreas definidas para tanto no edital/contrato de concessão ou PPP;

- b) Dar ampla liberdade ao concessionário para escolher a exploração imobiliária da área de acordo com o seu potencial e de acordo com as regras urbanísticas incidentes sobre a área;
- c) Pré-definir o prazo para exploração dos empreendimentos imobiliários desvinculado do prazo da concessão. A minha recomendação é que o prazo seja de pelo menos 50 anos, mas é conveniente que esse prazo seja estabelecido com base em análises de especialistas no tema e em vista da avaliação do potencial das áreas realizada ao longo do estudo de viabilidade da concessão ou PPP e das discussões sobre o tema havidas durante a modelagem do projeto;
- d) Criar mecanismos que efetivamente protejam o empreendedor imobiliário dos riscos de extinção antecipada, por qualquer motivo, do contrato de concessão ou PPP;
- e) Prever regra para apropriação pelo Poder Concedente, pelos usuários, ou para destinação a investimentos no projeto das receitas geradas com o empreendimento imobiliário. Essa regra deve ser elaborada de modo a evitar que arranjos societários ou contratuais eventualmente utilizados pelo concessionário ou pelas empresas que explorarão a área elidam a apropriação pelo Poder Concedente/usuário de uma parcela dos ganhos.

8. O que fazer no caso dos contratos em curso, com regras inadequadas em relação à exploração imobiliária?

A modificação dos contratos em curso para permitir o descolamento do prazo para exploração de áreas do prazo do contrato de concessão e para proteger o empreendedor imobiliário da extinção antecipada do contrato de concessão – a depender da regra neles prevista de distribuição de receitas imobiliárias – beneficiará de maneira relevante o usuário e o Poder Concedente.

Portanto, havendo no contrato regra clara sobre distribuição das Receitas Acessórias, ou especificamente das receitas decorrentes de empreendimentos imobiliários, eu não vejo razão para não se alterar os contratos de modo a permitir a maximização do aproveitamento das áreas da concessão destinadas à exploração imobiliária, descolando o prazo para exploração do empreendimento imobiliário do prazo para exploração da concessão, e protegendo o empreendedor imobiliário dos riscos de extinção antecipada do contrato.

A situação é mais difícil quando não há qualquer regra no contrato sobre a exploração de Receitas Acessórias. Nesse caso, não vão faltar agentes públicos e órgãos de controle para ver na criação *a posteriori* dessas regras, juntamente com o descolamento do prazo para exploração

de áreas do prazo do contrato de concessão, uma ofensa à obrigatoriedade de se realizar prévia licitação.

Todavia, há casos em que o contrato deixa claro que o direito de explorar determinadas áreas é do concessionário, sem, contudo, definir no contrato qualquer regra para distribuição das receitas. Nesse caso, Poder Concedente, usuário e concessionário poderiam ganhar com o estabelecimento de regras que permitam a exploração da área por prazo superior ao do contrato de concessão, desde que uma parte dos ganhos seja apropriada pelo Poder Concedente/usuários do serviço. Uma outra alternativa, nessas circunstâncias, para reduzir o risco de questionamento de descolamento do prazo de exploração da área do prazo do contrato de concessão seria o Poder Concedente e o concessionário criarem uma sociedade de propósito específico, nos moldes sugeridos por Vera Monteiro, conforme descrição que realizei no item 6 acima.

9. E quando o empreendedor imobiliário for parte relacionada da concessionária?

Em vários contratos de concessão ou PPP, a regra sobre apropriação de Receitas Acessórias estabelece que um determinado percentual das Receitas Acessórias deve ser revertido para a modicidade tarifária, para o Poder Concedente ou para novos investimentos na concessão.

Em situação em que há interesses contrapostos entre o concessionário e o empreendedor imobiliário, como o Poder Concedente/usuários se apropriam de uma parcela das receitas geradas pelo concessionário, os interesses do Poder Concedente/usuários e do concessionário ficam alinhados: o concessionário tem todo interesse em maximizar os seus ganhos, o que significa, nesse caso, maximizar também os ganhos do Poder Concedente/usuários.

Se, contudo, o empreendedor imobiliário for parte relacionada do concessionário, certamente o concessionário e o empreendedor imobiliário terão interesse em encontrar conjuntamente um arranjo que diminua o montante de receitas a ser destinado ao Poder Concedente ou aos usuários do serviço, pois isso evidentemente aumentará os ganhos do concessionário e do empreendedor imobiliário.

Faz, por isso, sentido que os novos contratos de concessão ou PPP estabeleçam cláusulas específicas para o caso de negociação entre concessionário e partes relacionadas para exploração das Receitas Acessórias da concessão. Particularmente, é importante que haja regra exigindo que o preço da contratação com partes relacionadas para exploração de Receitas Acessórias seja compatível com valores de mercado e que o contrato estabeleça um procedimento para a verificação disso, por meio da contratação de especialistas que avaliarão o preço negociado pelo concessionário com a sua parte relacionada pelos direitos de exploração da área. Não vejo empecilhos em que essa prática seja também adotada em relação a contratos de concessão/PPP já assinados que não têm regras específicas sobre o assunto, mas nos quais

os respectivos concessionários decidam celebrar, com partes relacionadas, contratos para viabilizar empreendimentos imobiliários.