

Caducidade de concessões e PPPs: notas sobre a conveniência e oportunidade da decisão para instauração do processo e sobre as formalidades para tanto

Mauricio Portugal Ribeiro¹

1. Introdução

A crise econômica, política e institucional pela qual passa o país combinada (a) com erros estruturais de modelagem dos contratos, (b) com descumprimentos contratuais recentes e atuais do poder concedente, e (c) com a realização de propostas agressivas nas licitações havidas no momento pré-crise econômica tem levado várias concessionárias de projetos de infraestrutura a dificuldades de darem continuidade à execução dos contratos.

A percepção da gravidade dessas dificuldades e do risco de elas arrastarem todo programa federal de concessões de rodovias e aeroportos ao fracasso, impactando, inclusive, o sucesso de concessões futuras, levou o Governo a adotar providências para reestruturar tais concessões.² Foram emitidas a Medidas Provisória n° 752/16, já convertida na Lei 13.448/17

¹ 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).

² Desde meados de 2014 que eu vinha assinalando a necessidade de se desenvolver programa governamental para reestruturação dos contratos de concessão federal de rodovias e aeroportos celebrados entre 2012 e 2014. Vide os seguintes artigos “Remediando os problemas de liquidez para evitar o colapso do setor de infraestrutura brasileiro”, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI214759.91041-Remediando+os+problemas+de+liquidez+para+evitar+o+colapso+do+setor+de>; “Medida Provisória 727/16

sobre relitações de contratos, e as Medidas Provisórias nº 779/17, sobre reprogramação de pagamentos de outorgas de aeroportos, e a nº 800/17, sobre reprogramação de investimentos em rodovias.

Alguns dos contratos de concessão federal recentemente celebrados terão provavelmente dificuldade de se enquadrarem tanto no processo de relitação quanto no de reprogramação de investimentos ou pagamentos de outorga previstos nas aludidas medidas provisórias e devem, em vista das dificuldades que estão sofrendo, ter provavelmente sua extinção decretada por caducidade, isso é por descumprimento pelo concessionário das suas obrigações.

Já houve um dos contratos de concessão de rodovias da 3ª Etapa, Fase III do PROCOFE – Programa Federal de Concessões de Rodovias que teve a sua caducidade decretada recentemente, o da concessionária Galvão BR 153. Fui advogado da concessionária nesse processo e pude testemunhar os diversos equívocos praticados pela agência reguladora na sua condução, que tornaram fácil a obtenção de decisão liminar junto ao Poder Judiciário para suspender o processo, quando isso foi de interesse da concessionária.

O processo para extinção de contratos de concessão por caducidade é regido na Lei nº 8.987/95 (“Lei de Concessões”) e, geralmente, de forma sumária, nos contratos, que, na grande maioria das vezes, apenas repetem as disposições legais.

Nesse contexto, na presente nota, eu gostaria de discutir dois temas que me parecem centrais em relação aos processos de caducidade, apesar de até aqui negligenciados pela doutrina jurídica:

- (i) critérios para definição da conveniência e oportunidade da decisão do poder concedente ou agência reguladora³ em adotar o caminho para aplicação da pena de caducidade, notificando o concessionário para iniciar o prazo de cura preliminar à instauração de processo de caducidade;
- (ii) formalidades a serem seguidas para realização de tal notificação.

Para tanto, primeiro (item 2) vou tratar das disposições legais sobre a decretação de caducidade, para mostrar a inadequação dessas disposições, inclusive em face do Princípio Constitucional da Proporcionalidade. Essas disposições basicamente permitem que se decrete a caducidade do

sobre PPI: o Governo Temer renunciou a usar investimentos em infraestrutura no curto prazo para revitalizar a economia do país?”, disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/medida-provisoria-72716-sobre-ppi-o-governo-temer-renunciou-a-usar-investimentos-em-infraestrutura-no-curto-prazo-para-revitalizar-a-economia-do-pais/>; “Comentários às Diretrizes Recentemente Publicadas do Novo Programa de Investimentos em Infraestrutura do Governo Federal – as medidas que precisam ser adotadas não foram sequer mencionadas”, disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/comentarios-as-10-diretrizes-do-projeto-crescer-vf-em-27-09-2016.pdf>; “A Medida Provisória nº 752/16 e os setores rodoviário e aeroportuário - seu contexto, seus objetivos e as alterações que ela precisa sofrer ao longo do seu processo de conversão em lei” disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/mp-para-reestruturar-contratos7.pdf>.

³ É importante notar que várias das competências que caracterizam o poder concedente previsto na Lei 8.987/95 foram, posteriormente a essa lei, delegadas pela legislação às agências reguladoras.

contrato de concessão por qualquer descumprimento do contrato e não apenas na ocorrência de descumprimentos graves. A interpretação desses dispositivos conforme a Constituição Federal, contudo, deve limitar o uso do processo de caducidade apenas para descumprimentos contratuais graves e que não possam ser resolvidos pela abertura de processo sancionatório comum para aplicação de multas ou outras sanções menos graves prevista no contrato.

A seguir (item 3), vou demonstrar que, por gerar efeitos perversos sobre o próprio poder concedente, a prerrogativa de decretar a caducidade de concessões e PPPs – ou mesmo de iniciar o processo para decretar a caducidade – deve ser exercida com extrema parcimônia. Isso é algo que parecia óbvio até recentemente, de maneira que reguladores sempre evitaram iniciar processos de caducidade, mesmo em casos em que foram documentados descumprimentos graves do contrato de concessão pelo concessionário.⁴

Depois (item 4), eu vou tratar das alternativas práticas em relação ao início do processo de caducidade para argumentar que, nos casos em que é viável a solução por outros meios dos descumprimentos contratuais ou irregularidades praticadas pelo concessionário, o processo de caducidade não deve ser iniciado. Isso porque, particularmente em casos de descumprimento do contrato por consequência do agravamento, por qualquer motivo, da situação econômico-financeira do concessionário, o mero início dos procedimentos preliminares ao processo de caducidade pode ter o efeito de piorar a situação e até mesmo inviabilizar a concessão. Nesses casos, se há outras alternativas à caducidade, como, por exemplo, a transferência do controle da concessionária, o início mesmo dos procedimentos preliminares à abertura do processo de caducidade deve ser evitado.

A seguir, no item 5, tento entender porque, de repente, aparentemente as dificuldades em torno da caducidade deixaram de ter efeito dissuasório sobre os reguladores, que não hesitam atualmente em abrir prazo de cura para início dos processos de caducidade, mesmo em casos que poderiam ter outras soluções.

Depois disso (item 6), trato da possibilidade de delegação interna em uma agência reguladora da competência para notificar concessionário para início do prazo de cura para abertura de processo de caducidade e de formalidades a serem seguidas nessa notificação e no processo de caducidade.

No item 7, alinho à guisa de conclusão as principais ideias desenvolvidas no presente artigo e por fim, elenco no item 8 sugestões de alteração na Lei de Concessões e nos dispositivos sobre caducidade dos contratos de concessão e PPP atuais.

Acho importante deixar claro para o leitor que fui e sou advogado de concessionárias em diversos processos de caducidade ou preliminares à instauração de processos de caducidade.

⁴ Vide os descumprimentos das obrigações de investimento em duplicação das rodovias da 2ª Etapa, Fase I e II do PROCOFE.

2. As disposições legais sobre caducidade

A Lei de Concessões, em caso de descumprimento do contrato de concessão pelo concessionário, estabelece a discricionariedade do poder concedente para escolher entre a declaração de caducidade ou a aplicação de outras sanções. O dispositivo legal sobre o tema diz o seguinte:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

Em primeiro lugar, é preciso notar que esse dispositivo deveria ser modificado, por inconstitucionalidade. A possibilidade de qualquer descumprimento ser apenado com caducidade “a critério do poder concedente” viola frontalmente o assim chamado Princípio da Proporcionalidade da ação estatal. Somente descumprimentos graves deveriam poder ser apenados com a caducidade, uma vez que os demais descumprimentos contratuais são apenados pelas outras sanções ordinariamente previstas nos contratos, como as multas.

A impressão de inadequação constitucional do dispositivo não é minorada quando se volta os olhos para o seu parágrafo primeiro que, em tese, tipifica as condutas que devem dar azo à caducidade, conforme citado abaixo:

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

Esse dispositivo deveria trazer uma enumeração que delimitasse claramente apenas condutas extremamente graves que justificassem a aplicação da sanção de caducidade. Todavia, o dispositivo é redigido de modo a abranger qualquer descumprimento contratual. Vide, por exemplo, o inciso II acima citado, que diz que é motivo para aplicação da sanção de caducidade “*a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão*”. Pela redação do dispositivo não seria preciso sequer que os descumprimentos contratuais fossem graves para se aplicar a pena de caducidade.

Portanto, os dispositivos da Lei de Concessões que deveriam delimitar as graves situações que justificam a aplicação da sanção de caducidade simplesmente permitem que, em qualquer caso, de descumprimento do contrato seja viável a aplicação da sanção de caducidade. Esses dispositivos tratam, portanto, a caducidade de um contrato de concessão como uma sanção trivial, equivalente à aplicação de qualquer outra sanção por descumprimento de normas contratuais. A interpretação desses dispositivos em conformidade com o Princípio da Proporcionalidade da Ação Estatal exige que se entenda que o poder concedente não pode aplicar a caducidade senão em casos de descumprimentos graves ou reiterados, sob pena de se aplicar a mais grave das sanções incidentes sobre o concessionário em situações de descumprimento contratual trivial, o que poderia, inclusive, abrir portas para ações oportunistas do poder concedente tanto na decisão de iniciar processo de caducidade, quanto propriamente na decretação da caducidade.

3. As consequências da caducidade para o próprio Poder Concedente e para os usuários do serviço

Como já mencionei acima, a caducidade é a pior sanção que pode ser aplicada a um concessionário. A aplicação dessa sanção, todavia, tem impactos relevantes também sobre o ente público que a aplica e, por isso, é preciso cuidados especiais no processo de sopesar se vale a pena caminhar no sentido da caducidade ou da sua alternativa que é a aplicação das demais sanções para descumprimentos contratuais.

Em primeiro lugar, declarada a caducidade, a infraestrutura objeto de concessão deve retornar para o ente público. Isso significa que, no momento seguinte à decretação da caducidade, o poder concedente passa a arcar com todos os custos e atividades relativas à realização dos investimentos e operação da infraestrutura que era objeto de concessão.

Em período de dificuldade fiscal como o atual, é provável que o poder concedente não tenha condições de assumir custos de investimentos relativos à infraestrutura que era objeto de concessão. É verdade que as rodovias da 3ª Etapa, Fase III, do PROCOFE já foram pedagiadas e que os aeroportos concedidos pelo Governo Federal já realizaram as condições para cobrar tarifas aeroportuárias e obter receitas acessórias decorrentes da exploração imobiliária dos espaços nos terminais. Assumida a concessão, contudo, esses recursos vão para o Caixa Único do Tesouro Nacional e só poderão ser gastos mediante alocação de rubricas orçamentárias para o DNIT e Infraero, o que pode ser inviável, em vista dos limites de gastos federais vigentes, mesmo em caso de arrecadação de pedágio e tarifas aeroportuárias muito acima do que é

necessário para a operação da rodovia ou aeroporto. A aplicação da sanção de caducidade ao concessionário pode significar eventualmente devolver ao poder concedente a responsabilidade sobre uma infraestrutura que ele simplesmente não terá condições de cuidar, seja por dificuldades inerentes à gestão pública, seja pela impossibilidade de encaixar os custos para cuidar dessas rodovias e aeroportos nos limites de gastos vigentes. Isso pode significar a piora pelo menos temporária da qualidade e segurança dos serviços públicos aos usuários. Por exemplo, em relação às rodovias, a devolução da rodovia ao Poder Concedente pode implicar em aumento do número de mortes por acidentes, ou, em um setor como o de saneamento, a devolução ao Poder Concedente pode implicar em piora na qualidade da água distribuída aos usuários com impactos sobre a saúde.

Além disso, é importante notar que, mesmo que o poder concedente pretenda fazer uma nova licitação dos serviços objeto da concessão submetida a processo de caducidade, essa nova licitação, em situação normal, no Brasil pode demorar em torno de 2 anos⁵, entre o momento em que se decida realizar a nova concessão e o momento em que o novo contrato estiver assinado. Nesse período entre a decretação de caducidade e assunção pelo novo concessionário da infraestrutura, em tese, o Poder Concedente deveria ser capaz de assumir e prestar os serviços públicos. Enfrentará, nesse caso, as limitações já mencionadas acima.

Por fim, além das considerações acima realizadas, uma eventual decretação de caducidade, em um contexto em que o Poder Concedente tem ciência que, por problemas fiscais, não conseguirá manter a qualidade adequada dos serviços, e espera fazer uma nova licitação da concessão, deverá levar em conta as possibilidades reais de licitar novamente a mesma concessão e obter condições adequadas ou melhores para os usuários dos serviços que as do contrato em curso. Faço essa nota porque, considerando que várias das concessões que se encontram com problemas de cumprimento de contratos são concessões que foram licitadas durante o período pré-crise, é bem provável que licitações dos mesmos projetos realizadas no momento atual levem a propostas e contratos de concessão em condições muito piores para os usuários do que aquelas constantes dos contratos atuais. As tarifas, por exemplo, seriam certamente muito mais altas (em termos reais) em projetos licitados no presente do que naqueles que foram licitados naquela época. Aliás, isso foi admitido expressamente pelo Governo Federal na Exposição de Motivos da recente Medida Provisória nº 800, de 18 de setembro de 2017.

Enfim, no juízo de conveniência e oportunidade sobre a aplicação da sanção de caducidade (e também sobre a instauração do processo para aplicação de caducidade como alternativa à aplicação das outras sanções contratuais) devem ser considerados tanto as consequências mais diretas de uma decretação de caducidade (assunção imediata pelo poder concedente da prestação do serviço), quanto as consequências mais remotas (possibilidade de realização de nova licitação, com obtenção de propostas mais vantajosas para o poder concedente e para os usuários do serviço). É evidente que diversas dessas considerações envolvem riscos e

⁵ Veja cálculo detalhado desse prazo no item 4 do presente artigo.

incertezas. Mas é exatamente por isso que a decisão de aplicação de caducidade deve ser excepcional e após consideração ampla e profunda das suas consequências.

4. Alternativas práticas à caducidade, por exemplo, a transferência de controle da concessionária

Além das dificuldades trazidas ao poder concedente pela decretação de caducidade em si – isso é pelas consequências práticas da extinção do contrato de concessão e pela retomada da infraestrutura pelo poder concedente – é preciso considerar se há outra solução para os problemas da concessão ou da concessionária para além dos processos punitivos.

É importante notar que, em vários casos de descumprimento contratual, a melhor solução para as eventuais irregularidades e/ou descumprimentos é a transferência de controle da concessionária para empresa com condições econômico-financeiras e técnicas de cumprir o contrato. Por exemplo, nos casos em que os controladores da concessionária, por eventual fragilidade societária, estejam tendo dificuldade de obter o financiamento necessário para o cumprimento das obrigações contratuais – como é o caso de diversas concessões federais de rodovias e aeroportos cujos contratos foram assinados entre 2012 e 2014.

Nesses casos, dar início a processos de caducidade – ou abrir prazo de cura para início do processo de caducidade – simplesmente inviabiliza aquela que seria a melhor solução para os usuários do serviço e para o Poder Concedente que é a transferência do controle para empresa apta a cumprir as obrigações contratuais.

Difícilmente uma empresa adquiriria uma concessionária já com processo de caducidade em curso ou com ameaça de início de processo de caducidade representada pela abertura do prazo de cura para tanto. Daí que iniciar processo de caducidade – ou mesmo realizar a notificação para correr o prazo de cura para início da caducidade – seria como dar um tiro no pé: ao se iniciar o processo de caducidade, torna-se extremamente difícil, senão inviável, a realização da transferência de controle.

Aliás, nesse tipo de situação pode-se dizer inclusive que a notificação para começar a correr prazo de cura para iniciar o processo de caducidade funciona como uma profecia autorrealizável. É que os contratos de financiamento de concessionários geralmente têm cláusulas que facultam aos financiadores suspender o desembolso em casos de situações adversas ao cumprimento do projeto tal como descrito no respectivo contrato de financiamento. Por isso, a própria notificação para início do prazo de cura para instauração de processo de caducidade inviabiliza a concessionária de desembolsar os financiamentos existentes, obter novos financiamentos, e de realizar a transferência do seu controle. Portanto, a mera opção pela notificação para início do prazo de cura da caducidade pode inviabilizar completamente a continuidade da concessão, aniquilando, inclusive, qualquer possibilidade de se resolver os

eventuais problemas financeiros da concessionária que, em última análise, podem ser a causa principal dos seus descumprimentos contratuais.⁶

Vale a pena comparar o prazo necessário para concluir o processo de caducidade com a sua decretação somado à realização de licitação de uma nova concessão da mesma infraestrutura com a hipótese de transferência de controle da concessionária.

Como não há outras situações em que tenha ocorrido caducidade de contratos de concessão rodoviária e de aeroportos federais, para estimar o tempo necessário à realização da caducidade de uma concessão, vamos utilizar como referência o tempo de duração do recente processo de caducidade da concessionária da BR 153. A notificação para início do prazo de cura foi realizada em 10/12/2015 e o decreto de caducidade foi publicado em 16/08/2017. Mais que um ano e oito meses para chegar à caducidade.

O prazo estimado para se iniciarem as obras de expansão de capacidade ou restauração pelo novo concessionário é de 28 meses. Estimei esse prazo somando o seguinte: (i) 6 meses para a contratação do consórcio de empresas de consultoria por meio de licitação⁷; (ii) em torno de 9 meses para fazer os estudos (considerando que se trata de rodovia e que há um encadeamento entre os prazos necessários para realizar os estudos de demanda e os estudos de engenharia, esse é um prazo que me parece mínimo); (iii) 9 meses para realizar a tramitação interna dos estudos para aprovação no Governo, aprovar os estudos de viabilidade no TCU, realizar a consulta pública, a licitação do projeto e assinar o contrato, e (iv) mais 4 meses para realizar projetos detalhados, mobilizar e iniciar as obras (supondo que o concessionário vai iniciar as obras utilizando recursos provenientes de financiamento-ponte, ou capital próprio dos seus acionistas). Esses prazos já estão extremamente apertados. Pela minha experiência, os prazos reais para projetos desse tipo no Brasil costumam ser mais longos do que os estimados.

⁶ Vale observar que, nos contratos de concessão de rodovias da 3ª Etapa, Fase III, da ANTT há uma dificuldade adicional para a viabilização da transferência de controle, que é a exigência de que nos 5 primeiros anos o controle só possa ser transferido em caso de iminente insolvência da concessionária.

O objetivo do dispositivo que estabelece essa exigência era obter maior compromisso dos controladores da concessionária com a realização dos investimentos previstos nesses contratos. Mas, esse dispositivo foi bastante infeliz. Em primeiro lugar, caso a concessionária esteja a caminho da insolvência, o reconhecimento pela agência dessa situação dificultará ainda mais a obtenção de financiamentos. Qual banco financiaria uma concessionária cuja iminente insolvência tenha sido declarada pela agência reguladora? Além disso, se houver financiamentos em curso, é possível que essa declaração seja suficiente para que os bancos declarem vencimento antecipado das dívidas.

Com essa, digamos assim, completa incoerência do mecanismo previsto no dispositivo, ele se tornou um obstáculo adicional à transferência do controle da concessionária de empresas que estavam com dificuldade, por várias razões, de obter financiamento para empresas que poderiam obter esses financiamentos.

Por outro lado, o critério estabelecido pela ANTT para caracterizar a iminente insolvência no caso da concessão da BR 153 simplificou a sua definição para esse fim. Esse critério deve ser usado como precedente para os demais casos de tentativa de transferência de controle.

⁷ É possível que o Governo prefira, por exemplo, contratar o IFC, ou outro órgão multilateral, que, por sua vez vai contratar as consultorias para realizar os estudos. Considerando o prazo necessário no Governo Federal para fazer essa contratação, com o prazo necessário para o IFC contratar as consultorias, a minha impressão é que dificilmente o prazo da contratação do IFC pelo Governo somado ao prazo de contratação pelo IFC das consultorias seria menor que 4 meses.

Somando o prazo estimado para o término de um processo de caducidade, com o prazo necessário para contratar um novo concessionário e ele iniciar as obras, estamos falando em 48 meses, ou seja, 4 anos.⁸

E note-se que o normal é que o início do prazo de cura da caducidade – isso é iniciado a contagem desse prazo de 4 anos – e imediatamente se inviabilizam todas as fontes de recursos financeiros para o concessionário continuar a realizar os investimentos necessários à prestação adequada dos serviços.

Por outro lado, no caso da transferência de controle, estamos falando em 8 meses para estruturação da venda do controle, dentro dos quais estou supondo que seria obtida a autorização da agência reguladora para tanto, e talvez uns 3-4 meses para retomada das obras. Poderia, eventualmente, ser até menos tempo do que isso. Então, no máximo estamos falando de 12 meses (1 ano) para retomar a realização de investimentos.

É importante notar, no caso dos contratos de concessão de rodovias e aeroportos celebrados entre 2012 e 2014, as notificações recentes para início de processo de caducidade além de instarem o concessionário a se defenderem ou repararem os descumprimentos, abrem também a possibilidade de alternativamente o concessionário aderir à relicitação, prevista na Lei 13.448/17, caso em que ficariam, conforme artigo 15, inciso II, dessa Lei suspensas as obrigações de investimento vincendas, com estipulação dos níveis de serviço que devem ser cumpridos pelo concessionário até a assunção da infraestrutura pelo vencedor da “relicitação” (que, a rigor, como mencionei em outro artigo, será uma licitação nova, com um novo contrato incidente sobre a mesma infraestrutura que está sob concessão).⁹ A adesão à relicitação pode ter o condão de assegurar o cumprimento pelo concessionário atual das obrigações relacionadas com a operação, mas interromperá todos os investimentos. Dificilmente um financiador contratará ou desembolsará recursos para concessionário que venha a aderir a esse sistema. Como as concessionárias já instalaram as praças de pedágio no caso das rodovias, e como a cobrança das tarifas aeroportuárias tem continuidade, a concessionária disporá dos recursos provenientes dessas fontes para continuar a cumprir as obrigações operacionais e continuar a servir à dívida já contratada.

⁸ É importante assinalar que, enquanto na iniciativa privada seria possível imaginar a contratação de consultores para modelar um novo contrato, caso estivesse em discussão a extinção de um contrato em curso, é difícil um órgão governamental conseguir justificar o início de processo de contratação de consultorias para a modelagem de licitação de concessão de infraestrutura antes da decretação de sua caducidade. Isso porque não me parece difícil obter uma liminar junto ao Poder Judiciário parando esse processo de contratação. O início de processo de contratação, com todo o empenho de recursos escassos do Poder Público que isso implica, poderia caracterizar pré-julgamento do órgão em relação ao processo de caducidade. Por essa razão, para fins de contagem de prazo, considere o processo de caducidade e a contratação de consultoria como processos sucessivos, sem qualquer simultaneidade.

⁹ Vide artigo de minha autoria sobre esse tema, intitulado “A Medida Provisória nº 752/16 e os setores rodoviário e aeroportuário - seu contexto, seus objetivos e as alterações que ela precisa sofrer ao longo do seu processo de conversão em lei” disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/mp-para-reestruturar-contratos7.pdf>.

No caso dos concessionários que aderirem à relicitação, não se aplica o prazo que estimamos para que o processo de caducidade tenha termo, mas se aplica o prazo necessário para contratação, desenvolvimento dos estudos, aprovação interna do Governo, para a realização da licitação até o início das obras, que estimamos em 28 meses, conforme descrito acima. Esse prazo pode, nesse caso ser abreviado se ocorrer uma ou ambas as circunstâncias a seguir: (a) a concessionária e a ANTT acordarem que o concessionário será a responsável pela contratação dos estudos para estruturação e modelagem da licitação, e reequilibrar esse custo em favor do concessionário; (b) o concessionário e a ANTT acordarem que a nova licitação da concessão deverá seguir em frente prevendo que o novo concessionário pagará o valor incontroverso da indenização por investimentos não amortizados como condição para celebrar o contrato, sendo que o valor controverso será objeto de arbitragem. Contribui para a redução do prazo para realização dos estudos o fato dos dados de demanda estarem disponíveis (pela operação das praças de pedágio no caso das rodovias, e pela cobrança das tarifas aeroportuárias no caso dos aeroportos).

Enfim, mesmo com a possibilidade de adesão à relicitação, a alternativa de transferência de controle das concessionárias continua sendo muito mais vantajosa para os usuários, pois em prazo muito mais curto (no máximo de 1 ano) são retomadas as obrigações de investimento previstas no contrato. As hipóteses de caducidade, seguida de uma nova concessão pode levar 48 meses para se realizar, e a hipótese de relicitação deve demorar em torno de 28 meses, podendo esse prazo ser reduzido se o concessionário e a agência reguladora respectiva entrarem em acordo que permita essa redução, conforme mencionado acima.

Por tudo isso, antes de notificar concessionário para iniciar prazo de cura para instauração de processo de caducidade (mesmo com previsão de eventual adesão a relicitação) é preciso que o regulador tenha clareza sobre a viabilidade da transferência de controle do concessionário, caso em que essa opção deve ser priorizada. Iniciar os passos na direção da caducidade ignorando a opção de transferência de controle pode simplesmente inviabilizá-la em situações em que não há dúvida que ela é a melhor forma de atender ao interesse público de continuidade da prestação do serviço com a qualidade prevista nos contratos.

5. Por que até recentemente as consequências esperadas do processo de caducidade tinham poder dissuasório sobre os reguladores e porque agora esse poder se perdeu?

Até recentemente, as considerações que fiz acima sobre as dificuldades em torno da decretação de caducidade integravam o senso comum dos reguladores e inibiam agentes públicos de adotar passos em direção à caducidade de concessões, sem sopesar detalhadamente as suas consequências.

Aliás, em diversos casos ocorreram descumprimentos graves em contratos de concessão que nem por isso resultaram em início de processos de caducidade. O artigo intitulado “*Concessões e PPPs: o que temos a aprender com o falso cumprimento dos contratos?*” que publiquei em 2013 sobre o falso cumprimento de contratos falava de descumprimentos graves em contratos de rodovias federais da 2ª Etapa do PROCOFE, que, no entanto, não levaram a início de

processos de caducidade, exatamente pela força dissuasória decorrentes dos problemas trazidos pela perspectiva de se decretar a caducidade. Nesses casos, a ANTT preferiu celebrar TAC – Termos de Ajuste de Condutas, em lugar de iniciar processos de caducidade.

Nenhum regulador ignorava as dificuldades em torno da decretação de caducidade e os efeitos duros sobre o concessionário que a abertura de prazo de cura para início de processo de caducidade tinha, de maneira que era raríssimo o início do processo de caducidade, mesmo em situações de grave descumprimento contratual.

Por que, então, recentemente, agentes públicos simplesmente passaram a ignorar essa realidade e resolveram notificar concessionárias para início do prazo de cura de caducidade, inclusive em situações em que, claramente, essa notificação é contrária ao interesse público, pois inviabiliza a transferência de controle dessas concessionárias a empresas interessadas?

A explicação talvez seja bastante simples: temor do TCU e dos demais controladores da Administração Pública. Sobreposição do interesse individual do agente público em se proteger do controlador em relação ao interesse público de preservar a continuidade da prestação do serviço público. A hipótese é, portanto, que os agentes públicos estão colocando seu interesse pessoal em proteger o próprio C.P.F. contra os controladores da Administração Pública em relação ao interesse público que seria de continuidade da concessão.

Isso é uma consequência necessária dos incentivos produzidos pela atuação do próprio TCU, particularmente da sua área técnica, que, recentemente, não só tem se atribuído competência para interferir em decisões regulatórias das agências reguladoras, mas também tem buscado aplicar a agentes públicos punições, mesmo sem qualquer suspeita de corrupção ou obtenção de benefícios pessoais, em casos em que esses agentes meramente adotem decisões divergentes daquelas que o TCU em tese adotaria.¹⁰

Eu tenho observado que essa situação de aplicação por agentes públicos de penalidades graves sobre entes privados contratados é especialmente comum quando eles estão em final de mandato (no caso de agentes que tem mandato), ou quando estão, por qualquer motivo, em vias de deixar a sua posição atual. A intenção claramente é poder dizer que iniciou o processo mais grave que poderia ter iniciado para punir o concessionário antes de deixar a função, de maneira a criar, digamos assim, um argumento que os imunize contra eventuais acusações de prevaricação em face dos descumprimentos do contrato pelo concessionário, mesmo que, ao agir dessa forma, na prática, eles estejam pondo em risco a continuidade da prestação dos serviços.

¹⁰ Vide o caso da Nova Subida da Serra (“NSS”), no qual a área técnica do TCU, sem qualquer indício de benefício pessoal ou corrupção dos agentes públicos, opinou pela aplicação de sanções graves aos agentes públicos da ANTT envolvidos na aprovação do aditivo contratual para disciplinar a construção da NSS no contrato de concessão da CON CER.

Outra forma dos agentes públicos avessos a risco lidarem com essa situação é delegar a outros agentes públicos a prerrogativa de iniciar o processo de caducidade. Mas acho melhor falarmos sobre isso na próxima rubrica.

Enfim, a pergunta que é preciso responder é em que medida ações de agentes públicos que tomem decisões que se traduzam em exercício de prerrogativas da Administração Pública informadas precipuamente pelo intuito de autoproteção é compatível com os Princípios que regem a Administração Pública no nosso país. O meu sentir é que essas ações devem ser anuladas por incompatibilidade com o Princípio da Legalidade e com o Princípio da Moralidade da Administração Pública.

6. Formalidades para início do processo de caducidade: o problema da delegação do poder de aplicar a caducidade e da notificação de descumprimento de obrigações contratuais.

A primeira pergunta que devemos realizar é se pode a Diretoria Colegiada de uma agência reguladora delegar a superintendentes ou a outros agentes públicos que lhe são subordinados o início do processo de caducidade contra concessionários.

A caducidade é a sanção mais grave que um regulador pode aplicar ao concessionário. E, como demonstrado nos itens 3 e 4 acima, a sua aplicação envolve não apenas aspectos práticos de verificação de descumprimentos contratuais, mas também um julgamento sobre se a caducidade é a melhor solução para os problemas que se manifestam no cumprimento do contrato de concessão – como mencionado acima a transferência do controle ou eventualmente outros remédios podem ser o meio mais adequado – e um juízo político em conjunto com o ministério ou secretaria setorial a respeito da conveniência do Poder Concedente retornar a prestação do serviço. Tudo evidentemente em vista da necessidade de continuidade da prestação dos serviços públicos com a qualidade adequada.

Além disso, como mencionei acima, a mera notificação para início de prazo de cura para abertura de processo de caducidade pode agravar a situação do concessionário, inviabilizando a realização de novos financiamentos e até mesmo o desembolso de financiamentos já contratados, o que pode criar uma situação irreversível de descumprimento contratual por falta de recursos para cumprimento adequado do contrato.

Em vista da relevância e delicadeza política e institucional dessas decisões, e considerando que se trata de situações absolutamente excepcionais (ou seja, não há possibilidade de uma diretoria colegiada dizer que há sobrecarga de trabalho com processos de caducidade) não me parece ser razoável e fazer sentido a delegação a agente público subordinado à diretoria colegiada de uma agência reguladora da decisão sobre notificar o concessionário para início de prazo de cura para abertura de processo de caducidade. Essas decisões deveriam ser sempre tomadas pelo órgão máximo da agência, que é, em regra, a sua Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor.

Por isso, apesar de não haver impedimento legal em delegar essas atividades, não consigo imaginar em que contexto faça sentido a delegação dessa competência a superintendentes ou outros agentes públicos das agências a não ser a busca de autoproteção dos integrantes da Diretoria ou Conselho, tema que já tratei no item 5 acima.

É importante notar que, mesmo que nominalmente a delegação seja apenas para o delegatário iniciar as apurações para a decretação de caducidade basta, como eu já mencionei acima, a notificação para início do prazo de cura para abertura de processo de caducidade e todos os desembolsos dos financiamentos já contratados provavelmente serão suspensos e se tornará inviável tanto a contratação de novos financiamentos pelo concessionário, quanto a sua transferência de controle.

E aqui se põe novamente a pergunta sobre a validade de uma delegação cuja razão clara é a autoproteção dos delegantes. Malgrado as delegações fazerem parte do poder de auto-organização da Administração Pública, será que é válida delegação cuja única justificativa no contexto em que foi realizada é a autoproteção dos delegantes? Será que ela é compatível com o Princípio da Moralidade? Será que essa delegação não se constitui em desvio de finalidade (prática de ato administrativo, ou exercício de prerrogativa da Administração Pública em desacordo com a sua finalidade)?

Observe-se que, no caso, por exemplo, de um superintendente que notifique um concessionário para início do prazo de cura, em sua defesa, será sempre possível arguir que os descumprimentos e irregularidades reportados na notificação são reais e, por essa razão, a Lei o autoriza a exercer a prerrogativa de notificar o concessionário para início do prazo de cura para a instauração de processo de caducidade e, por isso, a notificação seria, em tese, válida. Mais difícil me parece a argumentação de uma Diretoria Colegiada para justificar a delegação a superintendentes da prerrogativa de realizar essa notificação. Qual a outra justificativa da Diretoria que não a autoproteção dos seus membros, uma vez que, para algo tão grave, não me parece viável alegar-se menor relevância da decisão ou excessiva carga de trabalho da Diretoria? Se a delegação for considerada inválida por atentar contra o Princípios da Moralidade ou por desvio de finalidade, a delegação deverá ser considerada nula, e também os atos praticados pelo delegatário.

Em relação à formalidade para iniciar o processo de caducidade, os parágrafos do artigo 38, da Lei 8.987/95 estabelecem o seguinte:

“§2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as

falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.”

O § 2º é extremamente importante pois estabelece a obrigação de seguir o devido processo legal e o seu corolário que é o direito à ampla defesa. Essas são normas genéricas e que poderiam ser extraídas inclusive da Constituição Federal, e da Lei Federal de procedimento administrativo.

Mas, considerando as práticas atuais em torno dos processos de caducidade, certamente, o dispositivo que precisa de maior atenção é o §3. Esse dispositivo exige que sejam comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais, que se enquadrem nas hipóteses do § 1º, do mesmo artigo 38 e nas previstas no contrato para início de processo de caducidade, dando ao concessionário um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para regularização do cumprimento do contrato.

Em primeiro lugar, é preciso falar sobre a comunicação detalhada à concessionária dos descumprimentos contratuais.

No caso da ANTT, tem sido comum o encaminhamento a concessionários de notas técnicas e de ofícios ou TROs – Termos de Registro de Ocorrências, que reportam descumprimentos contratuais. Isso a título de cumprimento da exigência da notificação prevista no §3º, do artigo 38, da Lei de Concessões.

O mero encaminhamento de documentos constantes de outros processos, que discutem eventuais descumprimentos contratuais não é suficiente para cumprir a exigência do §3º de comunicação detalhada ao concessionário dos descumprimentos. O dispositivo exige a comunicação do rol de descumprimentos, o que deve ser feito de forma específica, tipificada, à guisa de verdadeiro libelo acusatório, de maneira a permitir ao concessionário identificar especificamente o descumprimento, repará-lo se for o caso, e/ou defender-se. Isso é uma exigência para que o concessionário possa exercer o seu direito de defesa. Notas técnicas ou outros documentos constantes de processos em curso podem até ser anexados à notificação, mas em seu corpo a notificação deve enumerar e descrever detalhadamente cada um dos descumprimentos contratuais apontados como base para início do prazo de cura para instauração de processo de caducidade, de modo a ensejar o exercício adequado do direito de ampla defesa.

Uma pergunta importante é saber se processos de apuração de descumprimentos em curso podem ser usados para início da caducidade. Se fossemos fazer uma interpretação literal do *caput* do artigo 38, a resposta seria negativa. Diz o *caput* do já citado artigo 38:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. (grifos nossos)

Se a agência escolheu iniciar processo para apurar a aplicação de outras sanções contratuais, não caberia caminhar na direção da declaração de caducidade.

Isso significa que a agência reguladora não poderia inserir entre os eventos a constarem da notificação prevista no §3º, do artigo 38, aqueles que se encontram em apuração em processos administrativos em geral para aplicação de outras sanções contratuais. É que ao iniciar outros procedimentos para apuração do descumprimento, a agência reguladora escolheu caminhar na direção da aplicação do que o dispositivo legal chama de “sanções contratuais” em oposição à pena de caducidade. Esse entendimento emana sem qualquer dúvida do dispositivo legal.¹¹

Por outro lado, considerando a gravidade da sanção de caducidade, me parece que seria razoável que o dispositivo legal exigisse que os descumprimentos estivessem fartamente documentados em processos punitivos específicos antes de se dar início a processo de caducidade. Mas não é isso que diz o dispositivo legal, que cria alternativa entre tratar o descumprimento por meio de processo administrativo para aplicação das demais sanções contratuais ou por meio de processo para aplicação da caducidade.¹²

Portanto, uma interpretação rigorosa do *caput* do artigo 38 levaria à necessidade de desconsiderar nas notificações para início do prazo de cura para instauração de processo de caducidade todos os eventos listados que já fossem objeto de outros processos para apuração de descumprimentos ou irregularidades contratuais.

Voltando ainda ao §3º, o dispositivo menciona que a notificação deve conceder prazo de cura para que o concessionário repare os descumprimentos e irregularidades contratuais. Esse prazo tem que ser suficiente para reparar os descumprimentos contratuais especificamente apontados na notificação, sob pena dessa exigência se tornar uma formalidade vazia. Se o prazo não for suficiente, a notificação deve ser considerada inválida.

¹¹ Parece-me evidente, contudo, que, quando se trata de descumprimentos reiterados do contrato, os descumprimentos anteriores, eventualmente apenados em decisões definitivas podem ser referidos juntamente com o novo descumprimento, objeto da notificação.

¹² Mas, considerando o Princípio da Legalidade, e as seus corolários o Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade e os efeitos perversos que a mera abertura de prazo de cura pode ter sobre uma concessão não faz sentido que um agente público possa iniciar um processo de caducidade se houver qualquer outra opção. Por isso, me parece razoável que o processo de caducidade só possa ser iniciado após comprovação em processos administrativos específicos dos descumprimentos contratuais

Permitir que o processo de caducidade fosse iniciado com processos de apuração de descumprimento em curso seria dar um cheque em branco para Poderes Concedentes oportunistas para eventualmente criarem – por meio da abertura do prazo de cura para a caducidade – as condições para que ocorram os descumprimentos e assim aplicar a sanção de caducidade. Isso porque, como já mencionei acima, a abertura de prazo de cura para início de processo de caducidade pode ter o efeito de uma profecia autorrealizável.

Por fim, vale a pena dizer algumas palavras sobre o §4º. Esse dispositivo exige que a decretação da caducidade só seja realizada após o cálculo da indenização por investimentos não amortizados. Portanto, apesar de não haver exigência legal de ocorrer o pagamento ao concessionário da indenização por investimentos não amortizados antes da decretação de caducidade, há exigência legal de que o valor dessa indenização seja definido antes da decretação de caducidade.¹³

7. Conclusão

Apesar da linguagem legal aberta que daria ampla discricionariedade ao poder concedente para a aplicação da caducidade no caso de qualquer descumprimento do contrato, a consideração da gravidade da sanção de caducidade e do Princípio Constitucional da Proporcionalidade exige que só se inicie processo para aplicação da caducidade em casos de descumprimentos graves do contrato.

A caducidade é a sanção aplicada sobre o concessionário, mas, como ela implica em extinção do contrato de concessão, e, portanto, retomada da prestação de serviço pela Administração Pública, ela pode ter efeitos adversos também sobre o poder concedente e usuários do serviço objeto do contrato. É que a Administração Pública concedente, particularmente em momentos de crise fiscal, pode não ter condições de realizar as atividades necessárias à melhoria e operação da infraestrutura objeto do contrato de concessão. Essa circunstância torna o juízo sobre a aplicação da pena de caducidade um juízo complexo, que deve considerar a capacidade do poder público de assumir, ainda que temporariamente, a prestação do serviço e também a capacidade, a possibilidade e o tempo necessário para realizar nova licitação da concessão se esse for o objetivo do poder concedente.

Nos casos em que os descumprimentos contratuais têm origem na incapacidade da concessionária e do seu controlador para obter os recursos necessários para a realização dos investimentos, a transferência de controle da concessionária pode ser uma opção mais adequada para cumprimento do interesse público do que a caducidade. Nesses casos, a mera notificação da agência à concessionária para início do prazo de cura para iniciar o processo de caducidade pode não só agravar a situação financeira da concessionária, que não conseguirá contratar novas dívidas e nem desembolsar as já contratadas, como inviabilizar a transferência do controle da concessionária.

Estimamos que a alternativa de decretar a caducidade seguida de nova licitação pode demorar 48 meses – desde o início do prazo de cura para abertura de processo de caducidade, passando pela decretação da caducidade e de todas as atividades para a contratação de nova concessão

¹³ Malgrado o esforço de cálculo da indenização parecer, para alguns, algo trivial, ela definitivamente não o é. Recentemente, a EPL lançou processo para contratação de empresas de consultoria para desenvolver a metodologia e os critérios de cálculo e para realizar o cálculo dos investimentos não amortizados. Fosse esse esforço trivial e a Administração Pública definiria os critérios e realizaria o cálculo dessas indenizações internamente.

até o início das obras pelo novo concessionário. Já a transferência de controle, desde o início das tratativas até o início das obras sob a égide do novo controlador, pode demorar, no máximo 1 (um) ano. Provavelmente menos que isso.

Em face da complexidade e da gravidade da decisão de início do processo de caducidade – com efeitos inclusive eventualmente irreparáveis – não consigo encontrar outra razão para uma Diretoria Colegiada ou outro órgão máximo de agência reguladora delegar essa decisão a outros órgãos que lhe são subordinados, salvo a busca de autoproteção. Questão importante é saber se nessas circunstâncias os controladores da Administração Pública e o Poder Judiciário considerarão haver violação ao Princípio da Moralidade da Administração Pública ou desvio de finalidade no ato de delegação dessa competência.

É preciso que a notificação sobre os descumprimentos e irregularidades contratuais seja detalhada, à moda de verdadeiro libelo acusatório, de modo a viabilizar o exercício de direito de defesa do concessionário contra a aplicação da pena de caducidade.

É necessário que a notificação para início do prazo de cura do processo de caducidade se refira a descumprimentos que não são objeto de apuração em outros processos punitivos destinados à aplicação de outras sanções, em vista da exigência legal de que o poder concedente exerça escolha entre tratar descumprimento por meio de processos punitivos comuns, ou por meio de processo de caducidade.

8. O que poderia ser incluído nos futuros contratos de concessão e PPP para tornar o tratamento da caducidade mais coerente com o nosso sistema constitucional e mais eficiente e quais as alterações que deveriam ser feitas na Lei de Concessões em vista da experiência acumulada sobre o tema

Dever-se-ia incluir o seguinte nos futuros contratos de concessão e PPP sobre a caducidade, independentemente da mudança legal:

- a) Rol taxativo das situações graves nas quais o poder concedente poderá aplicar a pena de caducidade em lugar das demais sanções previstas no contrato;
- b) Explicitação que os atos preparatórios do processo caducidade (concessão de prazo de cura para reparar os descumprimentos ou se defender) só devem se iniciar quando não for cabível a solução dos descumprimentos por outros meios, por exemplo, a transferência do controle da concessionária;
- c) Exigência que para abertura do processo de caducidade seja considerada as suas consequências, verificando com o ente ou órgão responsável a sua disponibilidade e capacidade para assumir a responsabilidade de operação da infraestrutura sob concessão em caso de decretação da caducidade;

- d) Possibilidade de outorga pela agência de prazo para transferência do controle para empresa que cumpra os requisitos legais e contratuais para assumir o controle, sob pena de outorga do prazo de cura para início de processo de caducidade;
- e) Exigência que a notificação para início do prazo de cura contenha descrição detalhada dos descumprimentos contratuais, de modo a viabilizar o exercício do amplo direito de defesa;

Seria importante alterar a Lei de Concessões nos seguintes pontos:

- a) Elencar em enumeração taxativa os eventos de descumprimentos graves do contrato que dão azo a aplicação da caducidade;
- b) Estabelecer que o processo para decretação de caducidade só pode se iniciar após a apuração dos descumprimentos graves e reiterados;
- c) Explicitação de que os atos preparatórios para início do processo para aplicação de pena de caducidade, tal qual a notificação para cura e/ou defesa do concessionário, em vista da sua relevância, seja atribuição do órgão máximo da entidade responsável pela instauração do referido processo, se sob égide de ente da Administração Indireta, ou do respectivo titular do órgão da Administração Direta.
- d) Disposição que defina que o processo de caducidade deve ser iniciado apenas quando houver decisões definitivas sobre a apuração de descumprimentos contratuais graves do contrato;
- e) Exigência de que a notificação para início do prazo de cura para abertura do processo de caducidade mencione o número e demais elementos para identificação clara dos processos já transitados em julgado nos quais foram apurados e reconhecidos os descumprimentos contratuais graves que se enquadrem no rol de condutas previstas para decretação de caducidade em lei e no contrato.