

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 lei¹

Mauricio Portugal Ribeiro

Especialista na estruturação e regulação de concessões e PPPs, sócio do Portugal Ribeiro Advogados, Mestre em Direito pela Harvard Law School, autor de vários livros e artigos sobre concessões, PPPs e outros temas dos setores de infraestrutura.

1. Introdução

Já há quase 2 anos, tenho falado, em artigos e palestras, sobre a necessidade do Governo Federal tomar providências para adequar à nova situação econômica os contratos de concessão e PPP celebrados recentemente, particularmente, os contratos de rodovias da 3^a

¹ Agradeço a Gabriela Engler pelo debate de ideias sobre o texto e, posterior, revisão cuidadosa do texto. Eventuais erros e omissões são exclusivamente de minha responsabilidade. Tive a oportunidade de discutir os temas tratados nessa MP com vários executivos de concessionárias, membros do Governo, de entidades de classe e consultores de diversas áreas. Correndo o risco de ser injusto por esquecer algum dos nomes, em ordem alfabética, agradeço a Cesar Mattos, Gabriel Galipolo, Marcelo Bruto Correia e Paulo de Meira Lins a oportunidade de discutir abertamente os temas tratados na Medida Provisória 752/16.

Etapa do Programa Federal de Concessões de Rodovias – PROCOFE, celebrados entre 2013 e 2014 e os contratos de concessão aeroportuária, celebrados entre 2012 e 2014.²

Essa adequação, apesar de ser indispensável, é particularmente difícil de se realizar em um ambiente de temor das agências reguladoras em relação aos controladores da Administração Pública.³

A Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016 (vou chama-la de agora em diante de “MP”) é a resposta do Governo a essa necessidade; ainda, contudo, insuficiente, como se verá a seguir.

É digna de elogio a tentativa de viabilizar a arbitragem para solução de conflitos, que atingem, no curto prazo, apenas os contratos de concessão de rodovias da 3ª Etapa do PROCOFE os quais já tinham cláusulas arbitrais, cujo uso era limitado por uma decisão equivocada do TCU, como expliarei no item7 abaixo.

Com o objetivo de dar ao leitor a compreensão do contexto no qual a MP se insere, seus objetivos e as alterações que, em minha opinião, precisa sofrer, vou, a seguir:

- a) Descrever os eventos que impactaram os contratos mencionados;
- b) Explicar porque me parece necessário adequar esses contratos às novas circunstâncias econômicas;
- c) Explicar, do ponto de vista jurídico, quais são as bases para reestruturar esses contratos;
- d) Explicar a lógica teórica para a realização da relicitação desses contratos e mostrar os erros conceituais e práticos do procedimento de relicitação previsto na MP;

² Em fevereiro de 2014, quando esses contratos ainda não tinham começado a dar problemas, tratei, em artigo publicado em coautoria com Gabriela Engler, dos seus erros de distribuição de riscos, particularmente dos riscos de variação do custo e condições de financiamento, de variação do custo do asfalto e da variação da demanda dos aeroportos em virtude do surgimento de novas infraestruturas aeroportuárias. O artigo profeticamente apontava que caso ocorressem eventos gravosos relativos a esses riscos, os erros nas distribuições de riscos previstas nesses contratos dificultariam a realização dos reequilíbrios cabíveis. Vide o artigo mencionado no seguinte [link](#).

Em janeiro de 2015, publiquei o artigo que detectava problemas sérios de liquidez nas empresas dos setores de infraestrutura e fazia propostas bastante específicas para resolvê-los, com a adoção de políticas públicas que deveriam envolver os bancos públicos, particularmente o BNDES. Vide o artigo mencionado no seguinte [link](#).

Em 9 de junho de 2016, participei da Seção 5 do Seminário intitulado “PPP Summit”, no Hotel Meliá Paulista, em São Paulo, no qual me manifestei expressamente pela necessidade de reestruturar esses contratos de concessão de rodovias e aeroportos. Vide programa desse seminário no seguinte [link](#).

Em julho de 2016, publiquei artigo sobre a Medida Provisória nº 727/2016, que criou o PPI – Programa de Parcerias de Investimentos, do Governo Federal, explicando que naquele momento o Governo Temer deveria ter se focado em reestruturar os contratos de concessão de rodovias e aeroportos em curso e não em criar um novo programa de infraestrutura. Esse artigo pode ser visto no seguinte [link](#). Em setembro de 2016, publiquei artigo sobre as diretrizes aprovadas pelo Governo Federal para o PPI (que aparentemente foi renomeado naquela ocasião para Projeto Crescer). Nesse artigo novamente enfatizei a necessidade de lidar com os problemas emergentes dos contratos federais de concessão de rodovia e aeroportos ao invés de focar atenção em novos projetos. Vide o artigo mencionado no seguinte [link](#).

³ Vide artigo que publiquei em coautoria com Eduardo Jordão sobre a contribuição dos controladores da Administração Pública para desestruturar as agências reguladoras. Esse artigo pode ser encontrado no seguinte [link](#).

- e) Explicar o avanço realizado pela MP em relação à utilização da arbitragem e em relação à distinção da prorrogação antecipada e da extensão de prazo de contrato para reequilíbrio; e
- f) Apontar o que precisa ser mudado na MP durante o seu processo de conversão em lei no Congresso Nacional.

Propositalmente, estou deixando fora do presente artigo análise mais profunda sobre as prorrogações antecipadas e extensões de prazo de contratos para reequilíbrio. Apenas explico no item ... a relevância de distinguir essas duas atividades que lamentavelmente tem sido objeto ainda de confusão. Nesse sentido, foi um avanço a MP separar esses dois conceitos claramente.

Antes, no entanto, de seguir com as minhas considerações sobre a MP, queria deixar claro ao leitor que não me conhece que sou advogado e presto consultoria jurídica para várias concessionárias e associações de concessionárias de rodovias e aeroportos.

2. Características dos contratos de concessão federais de rodovias e aeroportos celebrados entre 2012 e 2014 e os erros na sua modelagem que dificultam a solução dos problemas presentes

Os principais contratos de concessão federais com problemas são os de rodovias, da 3ª Etapa do PROCOFE, e os de aeroportos celebrados entre 2012 e 2014.

Os contratos de concessão de rodovias se referem a rodovias com a maior parte dos segmentos em pista simples e preveem a exigência de duplicação total desses segmentos nos primeiros 5 anos da concessão.

A obrigação de realização dessas duplicações nos respectivos contratos não tem qualquer vinculação com as necessidades de tráfego detectadas pelos estudos técnicos realizados pelo Governo quando da estruturação e modelagem dessas concessões.

Há, por exemplo, trechos que já foram ou que serão duplicados nesses 5 anos, que, por critérios técnicos, a duplicação não seria necessária no prazo desses contratos, que é de 25 anos. Aliás, a crise econômica impactou esses contratos de várias formas, inclusive adiando ainda mais as necessidades de expansão de capacidade dessas rodovias, e tornando mais claro que a exigência de duplicação da íntegra dessas rodovias é um desperdício injustificável.

Note-se que, para que essas obrigações de investimento em duplicação das rodovias fossem incluídas nos contratos sem onerar de forma relevante as tarifas, o Governo prometeu disponibilizar financiamento aos concessionários a taxas e condições extremamente subsidiadas, de maneira que esses investimentos em expansão de capacidade foram ou serão realizados na sua maior parte com recursos subsidiados pelo Tesouro Nacional.

A obrigação de realização pelos bancos públicos (particularmente pelo BNDES) de financiamento com recursos subsidiados pelo Tesouro Nacional⁴, em conjunto com a clara desnecessidade da duplicação de vários desses trechos, por si requerem a reestruturação desses contratos, de maneira a evitar que recursos escassos do erário federal sejam, nesse

⁴ As condições subsidiadas prometidas foram consideradas pelos participantes da licitação nas suas propostas.

momento de crise fiscal, dirigidos para investimentos em expansões de capacidade desnecessárias nas respectivas rodovias.

Como os contratos alocaram de forma genérica riscos de determinados eventos aos concessionários, sem distinguir os aspectos controláveis ou não pelos concessionários, isso tornou controversos reequilíbrios que não deveriam sê-lo. Tome-se como exemplo o caso da variação do custo do cimento asfáltico de petróleo. O contrato alocou ao concessionário o risco de variação dos custos dos insumos da atividade do concessionário, o que é algo normal em contratos de concessão e PPP. Não deixou claro, contudo, que a variação do custo do asfalto – que é controlada pelo Poder Concedente via Petrobrás – é um risco do Poder Concedente, especialmente em tempos em que decisões políticas do Governo, desvinculadas, por exemplo, do custo dos insumos para produção do asfalto, foram o principal critério para estipulação do seu preço (assim como também o foi para o preço da gasolina).

O mesmo aconteceu, por exemplo, em relação ao risco de financiamento. Os contratos alocaram genericamente o risco de financiamento ao concessionário, o que é comum em contratos de concessão e PPP.⁵ Mas, especialmente no caso das concessões de aeroportos e rodovias federais recentes, que se basearam em financiamentos extremamente subsidiados disponibilizados pelo Governo, seria indispensável distinguir entre o risco de enquadramento das empresas e do projeto para financiamento de acordo com as regras vigentes no âmbito do BNDES na época da realização da proposta na licitação do risco de variação posterior das regras e condições de financiamento.

O risco de variação das condições de financiamento é, evidentemente, do Poder Concedente, porque nesse como em vários outros casos, em minha opinião, as condições de financiamento disponibilizadas pelo Poder Concedente via BNDES e outros bancos públicos integram as condições do contrato de concessão, conforme previsto no artigo 10, da Lei 8.987/95, a Lei de Concessões.⁶ Mudanças nas condições do contrato por atos diretamente ou indiretamente praticados pelo Poder Concedente que impacte as condições econômico-financeiras do contrato requerem o seu reequilíbrio.

Do ponto de vista econômico, a alocação ao concessionário de riscos não controláveis ou controlados pelo Poder Concedente é um erro, como já apontei em outros trabalhos.⁷ Entre outros resultados perversos, essa alocação equivocada de riscos dificulta a gestão posterior dos contratos e cria contenciosos desnecessários. A melhor prática é alocar ao Poder Concedente o risco de eventos não controláveis pelo concessionário ou controlados pelo Poder Concedente, como já expliquei diversas vezes em outros artigos e livros.⁸

Além disso, do ponto de vista jurídico, como já sustentei em outro artigo⁹, a alocação ao concessionário do risco de ocorrências que são extraordinárias e imprevisíveis, ou previsíveis, mas de efeitos incalculáveis, descumpra o artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei

⁵ Sobre distribuição dos riscos de financiamento em contratos de concessão e PPP, vide artigo de minha autoria publicado no seguinte [link](#).

⁶ Agradeço a Andre Bogossian a percepção disso.

⁷ Vide, sobre erros na alocação de riscos dos contratos de concessão federais de rodovias e aeroportos federais, artigo de minha autoria juntamente com Gabriela Engler, publicado no seguinte [link](#).

⁸ Vide diversos artigos sobre as melhores práticas e a lógica econômica da distribuição de riscos no livro de minha autoria que pode ser acessado no seguinte [link](#). Também tratei da lógica de distribuição de riscos no seguinte livro de minha autoria *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, publicado pela Editora Atlas, São Paulo, em 2011.

⁹ Vide artigo disponível no seguinte [link](#).

8.666/93, que os aloca expressamente à Administração Pública. Trata-se, portanto, em minha opinião, de alocação ilegal de riscos realizada pelo contrato.

Em relação aos casos de alocação de riscos controlados pelo Poder Público ao concessionário, os atos do Poder Público que efetivam eventos gravosos relativos a tais riscos e que buscam lançar a responsabilidade pelos efeitos econômico-financeiros desses eventos sobre o concessionário são claramente, em minha opinião, atos contrários ao princípio da boa-fé objetiva e da confiança legítima, e, por isso, não devem ser tolerados no nosso direito. Ao contrário, devem ser coibidos por meio da exigência de compensação adequada ao concessionário.

Por fim, ainda em relação a problemas de modelagem desses contratos, é preciso citar que o edital de licitação dessas concessões dispensou a apresentação pelos participantes do plano de negócios justificativo dos valores constantes das respectivas propostas. A inexistência de plano de negócios oficializado ao longo das respectivas licitações cria atualmente dificuldades relevantes para a precificação dos desequilíbrios, gerando controvérsias desnecessárias na gestão desses contratos. Por exemplo, quando ocorrem eventos que aumentam o custo da obra ou custos operacionais da concessão, como precificar o custo da obra originária ou os custos operacionais? Não é uma tarefa fácil em qualquer caso. No caso dos custos operacionais, isso é especialmente difícil se o evento que os impactou ocorreu antes do início da operação da concessionária. Enfim, é mais espaço para controvérsias no ambiente atual de temor pelas agências reguladoras dos seus controladores.

Esses contratos de concessão da 3ª Etapa do PROCOFE e de aeroportos assinados entre 2012 e 2014 preveem que todos os reequilíbrios devem ser realizados por fluxo de caixa marginal. Como já mostrei em outros estudos, a metodologia do fluxo de caixa marginal foi desenvolvida para a realização de reequilíbrios por inclusão de novos investimentos em contratos de concessão ou PPP em curso. A aplicação da metodologia do fluxo de caixa marginal para quaisquer reequilíbrios é, em minha opinião, um erro que tem sido repetido com frequência entre nós.¹⁰ Esse é mais um elemento a dificultar reequilíbrios devidos nos contratos de concessão de rodovias e aeroportos mencionados.

No ambiente atual da Esplanada dos Ministérios – de temor de punições pessoais aplicadas pelos controladores da Administração Pública aos integrantes das agências reguladoras – apesar de ser em muitos casos direito inequívoco das concessionárias a obtenção dos reequilíbrios, as agências simplesmente não vão correr o risco de deferir pedidos de reequilíbrios que sejam minimamente controversos, porque isso significaria que seus técnicos, procuradores e diretores estariam assumindo o risco de sofrerem punições pessoais.¹¹ Lamentavelmente, prevalece, assim, na atividade prática atual das agências, o interesse de autoproteção dos agentes públicos em detrimento do interesse público e do cumprimento da lei e do contrato.

Junte-se a isso o fato que várias das concessionárias de rodovias e aeroportos mencionados integram grupos que tem empresas investigadas pela Operação Lava a Jato. Isso por si só cria temores entre os técnicos, procuradores e dirigentes das agências reguladoras, de adoção de

¹⁰ Vide artigo de minha autoria sobre os erros no uso do fluxo de caixa marginal nos contratos federais de concessão de rodovia e aeroportos, disponível no seguinte [link](#). Vide artigo de minha autoria, que explica a teoria básica sobre como deveria ser realizado o reequilíbrio de contratos de concessão e PPPs, disponível no seguinte [link](#).

¹¹ Vide, sobre esse tema, artigo que publiquei em coautoria com Eduardo Jordão, disponível no seguinte [link](#).

decisões para a realização de reequilíbrios ou adequação dos contratos, mesmo que, até o momento, não haja qualquer informação de que as investigações da Operação Lava a Jato atingirão essas concessões.

Enfim, além dos contratos terem problemas sérios de modelagem, o ambiente atual da Esplanada dos Ministérios de temor dos controladores da Administração Pública dificulta sobremaneira a discussão serena e a solução dos seus problemas com emprego dos meios legais existentes (reequilíbrio e alteração dos contratos para adequação às circunstâncias econômicas atuais). Foi por essa razão que surgiu a ideia de emitir uma Medida Provisória que facilitasse a solução desses problemas.

3. Eventos que impactaram negativamente os contratos

Várias ocorrências impactaram negativamente as condições econômico-financeiras desses contratos nos últimos anos. Algumas dessas ocorrências são desdobramentos na atividade desses concessionários da crise econômica recente. Outros decorrem diretamente da ação adversa do próprio Poder Concedente durante a crise.

As seguintes ocorrências impactaram praticamente todos os contratos negativamente e de forma relevante:

- a) nos contratos de concessão de rodovias e de aeroportos, a concessão de financiamentos em atraso e em condições diferentes das prometidas;
- b) nos contratos de concessão de rodovias e de aeroportos, queda nunca antes vista na demanda pelos serviços;
- c) nos contratos de concessão de rodovias e de aeroportos, aumento do preço do cimento asfáltico de petróleo de, em média, mais que 80% em termos nominais entre agosto de 2014 e o presente, o que aumentou o custo de investimento e operacional das concessionárias;¹²
- d) nos contratos de concessão de rodovias, aprovação da Lei do Caminhoneiro (Lei Federal nº 13.103/15), que exigiu a construção de novos pontos de parada e descanso para veículos pesados, e expandiu para 10% a tolerância aos limites legais de peso transmitido por eixo de veículos pesados aos pavimentos, o que aumentou o custo de investimento para expansão de capacidade da rodovia, para a restauração e para a manutenção dos pavimentos;
- e) nos contratos de concessão de rodovias, licenciamento ambiental prévio parcelado em subtrechos, quando era responsabilidade do Poder Concedente conceder a licença para a íntegra dos trechos a serem duplicados. Isso forçou a mudança do plano de ataque das obras, com aumento do seu custo;

¹² Antes de ocorrer esse evento, eu publiquei em coautoria com Gabriela Engler, artigo algo profético analisando a possibilidade de variação do custo do asfalto, em vista da atribuição ao concessionário nos contratos de concessão de rodovias federais desse risco, apesar dele ser controlado indiretamente pelo Poder Concedente, via Petrobrás. Vide o artigo mencionado no seguinte [link](#).

- f) nos contratos de concessão de rodovias, atrasos na emissão dos decretos de declaração de utilidade pública para efeito da realização de desapropriações, o que também exigiu mudanças dos planos de ataque das obras, com aumento do seu custo;

Outras tantas ocorrências também tiveram efeito negativo sobre alguns contratos, por exemplo:

- g) a não realização ou atraso relevante na realização de obras na concessão de responsabilidade do DNIT (no caso das rodovias) ou da Infraero (no caso dos aeroportos)¹³;
- h) nos contratos de concessão de rodovias, transferência ao concessionário de trechos que estariam em tese sob os cuidados de contratados do DNIT, por meio de CREMAS – Contratos de Recuperação e Manutenção, sem terem sido feitas as intervenções previstas nesses contratos ou com indicadores de serviço em níveis muito abaixo dos previstos nos respectivos contratos. Como a celebração de tais contratos estava prevista quando da realização da concessão, os concessionários fizeram suas propostas supondo que tais contratos seriam executados adequadamente até a data de transferência dos trechos à concessionária. Essa ocorrência aumentou de maneira relevante o custo de investimento na rodovia para o concessionário em relação ao estimado quando da elaboração da sua proposta;
- i) transferência aos concessionários dos aeroportos em condições abaixo das exigidas legalmente para a operação (sem licença para operação do Corpo de Bombeiros, e sem cumprir os requisitos mínimos para obtenção dessa licença).

Alguns desses eventos geram direito ao reequilíbrio dos contratos, (a) porque o contrato atribuiu expressamente os riscos desses eventos ao Poder Concedente, (b) porque configuram descumprimentos do contrato pelo Poder Concedente, ou (c) porque se tratam de eventos extraordinários, extracontratuais e imprevisíveis, ou previsíveis de efeitos incalculáveis, conforme art. 65, inc. II, “d”, da Lei 8.666/93 e, portanto, são, por lei, risco do Poder Concedente.

4. Por que me parece necessário alterar os contratos para adequá-los às novas circunstâncias econômicas?

4.1. Economia de recursos subsidiados pelo Tesouro Nacional

Se as condições de financiamento prometidas na carta de apoio emitida pelos bancos públicos (BNDES, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) fossem cumpridas, em torno de 70% dos investimentos nas rodovias e aeroportos seria realizada com recursos subsidiados.

Se considerarmos a alavancagem efetiva das concessões de rodovias da 3ª Etapa que conseguiram fechar os contratos de financiamento de longo prazo, em torno de 50% dos investimentos nas rodovias serão arcados pelos bancos estatais com recursos subsidiados.

¹³ Apontei e analisei no artigo disponível no seguinte [link](#) o erro de prever obras públicas, do DNIT e da Infraero, nas infraestruturas a serem objeto de contrato de concessão a iniciativa privada.

Racionalizar os contratos – isso é, reestruturar o cronograma de investimentos exigidos em expansão de capacidade, adiando duplicações, e substituindo, quando cabível, as duplicações por terceiras faixas ou outras soluções operacionais tecnicamente adequadas – é, na prática, reduzir o desperdício de recursos estatais, que serão investidos em expansões de capacidade desnecessárias nesse momento, quando poderiam ser empregadas em outros investimentos mais necessários.

Portanto, a reestruturação dos cronogramas de investimento desses contratos é indispensável para evitar a construção com recursos subsidiados pelo Erário federal de infraestruturas desnecessárias.

4.2. Impossibilidade de concessionários se ajustarem à crise

Ao contrário de outros agentes econômicos, concessionários não podem realizar as medidas ordinárias de ajuste da sua atividade à crise econômica do país.

Em crises, os agentes econômicos aumentam seus preços, e/ou retraem investimentos.

Concessionários não podem reagir dessa forma, pois o preço pelos seus serviços (a tarifa) é regulado, e eles não podem se negar a fazer investimentos estipulados no contrato.

Nesse contexto, a crise combinada com os eventos elencados no item 3 acima levaram as concessões a uma situação de insolvência. É preciso reestruturá-las para assegurar o cumprimento das obrigações que são relevantes e a continuidade da prestação adequada dos serviços.

4.3. Dificuldade de ocorrência nesse caso de soluções puramente de mercado

Por que nesse caso é muito difícil ocorrer uma solução puramente de mercado (sem qualquer adequação ou reequilíbrio dos contratos de concessão)?

Soluções de mercado pressupõem que o projeto (no caso de uma SPE concessionária) ou que o portfólio de projetos (no caso, de uma empresa holding de diversas SPEs concessionárias) seja capaz de gerar rentabilidade para os investidores compatíveis com o risco que representa o investimento a ser realizado. Em outras palavras, o valor presente líquido do projeto é positivo, utilizando como taxa de desconto do fluxo líquido uma taxa de rentabilidade adequada para o seu risco.

Após a ocorrência do conjunto de eventos mencionados no item 3 acima, diversos dos contratos de concessão de rodovias e aeroportos celebrados entre 2012 e 2014 se tornaram concessões que simplesmente não têm a perspectiva de cumprir o critério acima mencionado, isso é, gerar a rentabilidade necessária para compensar os riscos dos investimentos (inclusive pagamentos pela outorga) exigidos nos contratos.

Nessas circunstâncias, não existe solução de mercado possível, pois não se trata de um problema circunstancial, por exemplo, de liquidez dos acionistas da concessionária – que pudesse ser resolvido, por exemplo, por reestruturação ou capitalização de dívidas – mas de uma situação estrutural, que torna o projeto inapto para investimento privado. Nessa situação estrutural de insolvência, o investimento nesses projetos se torna o que no mercado financeiro

se chama de arbitragem negativa: a rentabilidade do projeto é mais baixa que o custo médio dos recursos a serem neles investidos.

Por isso que é indispensável a reestruturação desses contratos, por meio da readequação e dos reequilíbrios devidos.

4.4. O pagamento das outorgas dos aeroportos

Em relação especificamente ao pagamento das outorgas dos aeroportos, qualquer simulação razoável sobre as possibilidades de obtenção, em nova licitação desses aeroportos, de pagamentos a serem realizados por um eventual novo concessionário mostram que não há possibilidade de, no momento atual, se obter valores tão altos quanto os que os concessionários atuais se comprometeram a pagar.

Por isso que me parece razoável a realização de alteração dos contratos de concessão para reperfilamento dos pagamentos dessas outorgas e de criação de uma curva de pagamentos que seja mais compatível com o crescimento das receitas do concessionário. Aliás, se a percepção acima estiver correta, é interesse público, interesse da União – e deveria ser obrigação da União – a realização do reperfilamento dos pagamentos pela outorga, desde que seja mantido o valor presente desses pagamentos.

Evidentemente, haverá alguma discussão sobre o critério para manter o valor presente dos pagamentos. A taxa de desconto que estava em uso pela ANAC na época das licitações para o fluxo de caixa marginal pode ser um dos critérios empregados para tanto.

De qualquer modo, se for mantido o valor presente e se o pagamento for reperfilado para reduzir o valor das parcelas a serem pagas no curto prazo e aumentar o valor das parcelas a serem pagas no longo prazo, o valor nominal do pagamento pela outorga será aumentado.

5. Quais são os fundamentos jurídicos para reestruturar esses contratos?

A reestruturação dos contratos de concessão deve ser realizada:

- (a) por meio do exercício da prerrogativa da Administração Pública de alterar unilateralmente os contratos (que pode gerar a necessidade de reequilíbrio do respectivo contrato), e
- (b) por meio dos reequilíbrios dos contratos já devidos em vista de ocorrências citadas no item 3 acima.

No caso das rodovias, a alteração unilateral do contrato seria realizada, entre outros, para condicionar os investimentos em expansão de capacidade da rodovia ao atingimento de determinados níveis de tráfego, e para estabelecer a adoção de soluções operacionais mais econômicas que a duplicação, mas que assegurem a segurança dos usuários e níveis de serviço tecnicamente adequados.

No caso dos aeroportos, a alteração unilateral do contrato seria para adequar o cronograma de pagamentos pela outorga à capacidade de geração de receitas dos aeroportos. Algumas simulações a que tive acesso mostram que é viável fazer isso sem alterar o valor presente dos pagamentos pela outorga.

Os demais problemas podem ser resolvidos por meio de reequilíbrio do contrato. Como já disse acima, em alguns casos, esses reequilíbrios terão por base dispositivos contratuais – por exemplo, no caso do parcelamento de licenças prévias ambientais que são de responsabilidade do Poder Concedente – e, em outros casos, os reequilíbrios se basearão na regra que atribui ao Poder Concedente os riscos relativos a eventos extraordinários e extracontratuais (art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/93).

É evidente que tanto o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato quanto a prerrogativa da Administração Pública de alteração dos contratos administrativos para adequação ao interesse público estavam previstos no marco legal vigente na época da assinatura desses contratos. Portanto, desde que a MP atue dentro desses limites não há que se falar em violação pela MP da proteção constitucional ao ato jurídico perfeito.

6. Após a adequação desses contratos, a sua relicitação deveria ou poderia ser realizada?

Para responder à pergunta acima, primeiro comento rapidamente a razão teórica para eventual relicitação e as características que deveriam ter essa relicitação. A seguir, contrasto essa razão teórica com o procedimento previsto na MP.

6.1. A teoria da relicitação

Claramente, há entre os agentes públicos federais envolvidos na regulação desses contratos a percepção que as adequações e reequilíbrios que precisam ser realizados nesses contratos são de tal monta que eles mexeriam na estrutura do contrato e terminariam eventualmente gerando valor para o concessionário.

De fato, alterações unilaterais e reequilíbrios de contratos, ainda que muitas vezes envolvam aspectos contratuais e valores relevantes, foram concebidos como instrumentos para usos pontuais e não como mecanismos para reestruturar contratos.

No Direito Administrativo atual, a reestruturação de contratos administrativos em curso pode caracterizar violação da exigência constitucional de prévia licitação para contratos administrativos e, por isso, devem, em regra, ser evitada, a não ser que essa reestruturação esteja fundamentada apenas em direitos ao reequilíbrio do contrato.

Considerando que os reequilíbrios devidos e as alterações de contrato que são necessárias no caso das concessões de rodovia da 3ª Etapa do PROCOFE implicarão em reestruturação desses contratos e eventualmente gerarão valor, seria razoável que após esses reequilíbrios e alterações esses contratos fossem submetidos a processos de relicitação.

O objetivo dessas relicitações seria compartilhar – com usuários (se o critério da relicitação fosse menor tarifa) ou com o Poder Concedente (se o critério da licitação for pagamento pela outorga) – eventuais ganhos eventualmente gerados em conjunto pelas alterações contratuais e pela realização dos reequilíbrios, considerando que o conjunto de reequilíbrios e alterações contratuais implicariam em uma reestruturação profunda do contrato.

Para isso, as alterações ao contrato e reequilíbrios que tornariam os contratos novamente solventes seriam realizados apenas sob condição do concessionário concordar com a relicitação. Tratar-se-ia de um ato voluntário de adesão à reestruturação do contrato, que implicaria a sua relicitação. Isso poderia ser realizado tanto por concessionários que estejam cumprindo os seus contratos, quanto por concessionários com os mais diversos níveis de inadimplência contratual, inclusive aqueles que estão com processo administrativo para declaração da caducidade em curso.

Como o contrato de concessão e todo o plexo de direitos e deveres relacionados à concessão, inclusive relativos aos financiamentos, já está vinculado às atuais concessionárias, faria sentido considerar a possibilidade da relicitação do contrato se traduzir, na prática, em uma licitação para venda do controle das concessionárias. Evidentemente, uma vez que isso implicaria no vencedor da licitação assumir os financiamentos e, portanto, as garantias dos financiamentos em curso, seria necessário que os financiadores e eventualmente os seguradores da concessionária anuíssem previamente à transferência da titularidade das ações da concessionária.

Uma questão central para qualquer relicitação é a definição do valor da indenização ao incumbente atual pelos investimentos não amortizados. A MP não estabeleceu o critério para cálculo da indenização. Apenas disse que isso será objeto de regulamento.

6.2. Equívocos da MP no tratamento da relicitação

Em primeiro lugar, apesar da MP falar em “relicitação”, ela usa essa palavra para se referir à licitação de novos contratos para os serviços que estão sendo prestados por concessionários, por meio de contratos de concessão que estão em curso. Portanto, a MP rigorosamente trata de licitações de novos contratos, que eventualmente substituirão contratos em curso, e não de “relicitação” dos contratos em curso.¹⁴ Isso significa que, pela MP, os contratos em curso não serão reestruturados, como seria preferível nessa situação. Serão substituídos por novos contratos.

Em segundo lugar, a MP prevê prazo de 24 meses da adesão dos atuais concessionários às relicitações até o momento da sua realização. Esse prazo é completamente incompatível com os prazos necessários para estruturar, aprovar e licitar novos contratos no âmbito da União. No artigo publicado no seguinte [link](#), eu calculei que demorará pelo menos 26 meses para o atual Governo estruturar novos projetos. No caso das relicitações previstas na MP, se houver divergência sobre o cálculo da indenização por investimentos não amortizados (que é condição para a realização da relicitação) tal divergência será resolvida por meio de arbitragem. Ora, uma arbitragem desse tipo deve durar de 1 a 2 anos. Portanto, o prazo previsto na MP para realização das relicitações é completamente inadequado. Ele precisa ser estendido.

¹⁴ Há alguns artigos de autoria de Michael Klein publicados no final da década de 1990 que tratam do tema da relicitação de concessões. A preocupação desses artigos, contudo, é tentar usar a relicitação para substituir a regulação de preço desses contratos.

A regulação de preço decorre da necessidade de adequar esses contratos às mudanças no ambiente econômico em uma situação em que é necessário preservar por vários anos o concessionário originário para viabilizar a amortização do seu investimento.

Nesse contexto, a relicitação seria uma forma de substituir periodicamente o concessionário originário, mantendo-se as condições originárias do contrato e modificando apenas o preço, de acordo com o resultado da relicitação. Para isso, o contrato teria que prever regras bem definidas de indenização dos investimentos não amortizados pelo novo concessionário ao concessionário incumbente.

Terceiro, a MP proíbe os atuais concessionários e seus acionistas de participarem da “relicitação”. Essa proibição é inconstitucional, a vista do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, que exige tratamento igualitário entre concorrentes nas licitações. Vale notar que a discriminação aos acionistas da concessionária nesse caso é ilícita, porque se baseia no suposto descumprimento pelas concessionárias dos atuais contratos. Ora, existem já em lei e nos respectivos contratos punições específicas para o seu descumprimento. Descabe o Governo aprovar novas punições para os acionistas dos concessionários (que são outra pessoa jurídica em relação aos concessionários) *a posteriori* e por ato com força de lei. Trata-se de claro desvio de procedimento cumulado com violação do princípio da igualdade de tratamento dos participantes de licitações. Além disso, essa discriminação também não faz sentido do ponto de vista econômico, uma vez que, dessa perspectiva, o objetivo da Administração Pública deveria ser obter a melhor proposta das empresas que cumprirem as exigências de habilitação da “relicitação”, pouco importando se tais empresas tenham sido ou não acionistas do atual concessionário.

Quarto, a MP não definiu a metodologia para indenização pelos investimentos não amortizados do atual concessionário. Evidentemente que nenhum concessionário aderirá ao processo de relicitação sem saber como será calculada a indenização por investimentos não amortizados. Conforme explicarei abaixo, a MP deveria apontar para o critério contábil para cálculo da indenização.

Quinto, a MP estabeleceu que serão suspensos apenas o processo de caducidade e as “obrigações de investimentos” vincendas posteriormente à data de adesão pelo concessionário à relicitação. O problema é a definição de “obrigações de investimento”. É possível fazer uma interpretação mais ampla da expressão “obrigações de investimento”, supondo que ela engloba quaisquer investimentos a serem feitos pelo concessionário. Mas é possível também interpretar que a expressão “obrigações de investimento” se define por oposição à expressão “obrigações de desempenho”.¹⁵ Nesse caso, considerando a redação atual da MP, a adesão dos concessionários à relicitação só suspenderia as obrigações de investimento (como, por exemplo, as de expansão de capacidade da rodovia), mas não suspenderia obrigações de realizar investimentos para cumprimento de obrigações de desempenho previstas no contrato, como, por exemplo, a restauração dos pavimentos para atingir os indicadores funcionais previstos no contrato (IRI, IGG etc.).

7. Arbitragem

Finalmente, o Governo Federal tenta adotar providências para viabilizar a arbitragem sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões, superando a decisão do TCU (acórdão 2.573/12) que entendeu ser inaplicável a “...*arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001*”.

O artigo 24, inciso VII, citado na decisão do TCU diz o seguinte:

“Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

¹⁵ Sobre a diferença desses tipos de obrigação, vide o livro de minha autoria *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, publicado pela Editora Atlas, São Paulo, em 2011.

(...)

VII – proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;”

O entendimento do TCU é, portanto, que a competência da ANTT estabelecida em lei para reajustar e revisar as tarifas impede que questões atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro sejam objeto de arbitragem.

Já critiquei várias vezes essa decisão do TCU, especialmente pela sua ambiência atual da Esplanada dos Ministérios e da sua contrariedade à permissão legal e contratual para uso da arbitragem.

Mas acho que cabe mais uma vez destacar a imperícia do TCU ao tratar desse tema: ele limitou a discussão sobre equilíbrio econômico-financeiro ao poder de fixar tarifas.

O TCU poderia entender que com base no artigo 24, inciso VII, da Lei 10.233/01 o poder de fixar tarifa é direito indisponível e, por isso, a tarifa de concessões ou PPPs não poderia ser fixada por árbitros, mas apenas pela ANTT.

Mas isso não é incompatível com a possibilidade de utilização da arbitragem para decidir conflitos sobre: (i) a ocorrência do evento de desequilíbrio; (ii) o enquadramento de ocorrências fáticas como eventos de desequilíbrio; (iii) a mensuração do valor do desequilíbrio; (iv) o tratamento do valor do dinheiro no tempo para definição do valor do reequilíbrio.

O aumento ou redução de tarifa é apenas uma das formas de reequilibrar os contratos. A eventual indisponibilidade do direito de fixação da tarifa, ou, em outras palavras, a exclusividade da ANTT para fixação da tarifa não deveria impedir que os conflitos sobre todas as outras questões atinentes ao processo de reequilíbrio econômico-financeiro possam ser submetidas à arbitragem.

Foi necessária a emissão da MP, com seu artigo 25, que diz que questões atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro configuram direitos patrimoniais disponíveis para superar os efeitos dessa lamentável decisão do TCU.

O único erro relevante no artigo 25 da MP é que ele condiciona o início dos processos arbitrais à decisão administrativa transitada em julgado. Isso não faz sentido. O início da arbitragem é o momento em que se configura o conflito institucionalizado. A inércia da agência reguladora pode ser uma forma de resistência ao pleito tanto do concessionário quanto do Poder Concedente. Daí que deve ser possível o acesso à arbitragem mesmo em caso de silêncio da agência sobre o pleito. Talvez a lei pudesse estabelecer um prazo, contado a partir do pleito, após o qual o silêncio da agência reguladora autorize a realização da arbitragem.

8. Prorrogação antecipada e extensão de prazo dos contratos

Em primeiro lugar, é importante assinalar a relevância desse tema no momento atual do país e dos setores de infraestrutura. Em vista dos prazos necessários para estruturar novos projetos

– eu calculei em estudo anterior em 26 meses o prazo mínimo desde a decisão de desestatização de um projeto até o início das obras¹⁶ – as extensões de prazo de contrato (para compensar a concessionária por alterações unilaterais do contrato que incluem novos investimentos) e as prorrogações ou prorrogações antecipadas (que sejam feitas com previsão de novos investimentos) são os meios mais expeditos para que se viabilizem novos investimentos em infraestruturas que já estão concedidas, particularmente aquelas cujos respectivos contratos de concessão já estão em período final.

Aliás, esses são os únicos meios para viabilizar que se iniciem ainda no Governo Temer novos investimentos nesses contratos. Por isso, esses instrumentos podem ser uma forma importante de dinamização da economia por meio de investimentos em infraestrutura, que ajudem o país a sair desse momento de recessão.

É importante também notar que existe ainda entre nós confusão entre os regimes da prorrogação ou prorrogação antecipada de contrato e a extensão de prazo de contratos para seu reequilíbrio.

A extensão de prazo para reequilíbrio do contrato é forma de compensação pelo Poder Concedente ao concessionário para reparar o desequilíbrio econômico-financeiro aferido no contrato. Nesse sentido, a extensão de prazo é apenas uma forma de pagamento de uma dívida contratual: a dívida decorrente do reconhecimento da ocorrência de evento de desequilíbrio, de responsabilidade do Poder Concedente, e que impactou negativamente o contrato de concessão ou PPP.

Como forma de pagamento de uma dívida contratual, a extensão de prazo do contrato não precisa estar previamente prevista em lei específica, em regulamentos ou no contrato. Ela deve estar prevista no aditivo realizado para disciplinar o reequilíbrio do contrato de concessão.

Observe-se que, a rigor, o concessionário tem direito à compensação pelo desequilíbrio do contrato pela forma ordinária de pagamento de dívidas que é o pagamento em numerário, que nunca acontece no caso de concessões e raramente acontece no caso de PPPs por razões de natureza política. A extensão de prazo, do ponto de vista financeiro, é evidentemente para o Poder Concedente forma menos gravosa de reequilíbrio do contrato que o pagamento em numerário ao concessionário.

É também importante assinalar que a disciplina legal ou contratual da forma e dos limites de prorrogação do contrato não afeta a possibilidade de aplicação da extensão de prazo do contrato para seu reequilíbrio. É possível, por exemplo, estender para reequilíbrio mesmo o prazo de contratos que são improrrogáveis (por disposição legal ou contratual). É possível também que o prazo adicionado para reequilíbrio do contrato seja mais longo que o prazo

¹⁶ Repito aqui a nota de pé de página numero dois do artigo de minha autoria disponível no seguinte [link](#):
“Vale a pena explicar como calculei esse prazo de 26 meses: (i) 4 meses para seleção de projetos, instituição do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias (elaboração, aprovação e registro em cartório do seus atos constitutivos), aprovação das regras sobre seleção das consultorias pelo Fundo, seleção dos primeiros consultores e contratação desses consultores, (ii) em torno de 9 meses para fazer os estudos, isso evidentemente a depender da natureza do projeto e supondo que não se faça estudos às pressas que afetem a qualidade, como no Governo anterior, (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. Esses prazos já estão extremamente apertados. Os prazos reais costumam ser mais longos do que os estimados.”

máximo permitido de prorrogação. Enfim, os limites de prazo da prorrogação dos contratos de concessão e PPP não são limites à extensão de prazo para o reequilíbrio do contrato.

A prorrogação de prazo do contrato é ato discricionário da Administração Pública. Evidentemente que a Administração Pública pode estabelecer nos contratos ou em lei condições para exercício dessa prerrogativa.

Nos últimos 10 anos, percebeu-se no Brasil que o exercício desse poder discricionário da Administração Pública de prorrogar os contratos, em muitos casos, gera valor adicional para o concessionário, especialmente nos casos em que não há investimentos relevantes a serem realizados após a prorrogação do contrato. Por essa razão, a prorrogação tem sido realizada combinada com processos de reequilíbrio de maneira a assegurar a manutenção das condições econômico-financeiras originárias do contrato. Em alguns casos, esse reequilíbrio tem sido feito pela metodologia do fluxo de caixa marginal, caso em que o objetivo nem sempre é manter as condições originárias do contrato, mas a estipulação de condições econômico-financeiras para o novo investimento e para o novo prazo do contrato compatíveis com as de mercado no momento da realização da prorrogação.

Na MP, exigiu-se a realização de estudos de viabilidade para a realização da prorrogação antecipada. Exigiu-se, ademais, que o órgão competente para definir a prorrogação demonstre as vantagens da prorrogação antecipada em relação à realização de nova licitação. Por um lado, é importante haver justificativa para a decisão de prorrogação. Por outro lado, é preciso entender essa exigência de justificativa dentro dos limites que a técnica impõe. Trata-se a rigor de um estudo de custo/benefício para o Poder Concedente/usuário, que compara as opções de prorrogar o contrato em curso com a opção de realizar a nova licitação. Essa comparação é sempre realizada considerando cenários em relação à melhor proposta que se espera obter na licitação e entre os tempos necessários para fazer o novo investimento por meio da prorrogação ou prorrogação antecipada e o tempo necessário para fazer o mesmo investimento por meio de nova licitação, o que implica em estimar prazos para realização de licitação pelo Governo e início dos investimentos pelo novo concessionário. Tudo isso envolve fazer estimativas em situações de grande incerteza. Além disso, particularmente no caso de infraestrutura de transportes, é preciso considerar o risco e as consequências do contrato de concessão se encerrar e não haver ainda um novo concessionário para assumi-lo, o que implica na assunção da operação da infraestrutura pelo Poder Público, com provável retorno da situação ordinária em termos de qualidade de serviço e segurança para os usuários das infraestruturas rodoviárias e ferroviárias operadas Pelo Poder Público.¹⁷

É importante observar que, apesar da MP exigir que sejam enviados ao TCU os aditivos assinados que realizarem as prorrogações e prorrogações antecipadas, não há na MP qualquer exigência de aprovação prévia pelo TCU desses aditivos. Essa disciplina do tema me parece adequada, uma vez que não há qualquer motivo para intervenção prévia de órgãos de controle nesse caso.

9. O que deveria ser mudado na MP

¹⁷ Nesse contexto, é natural que o custo da mortalidade e morbidade adicional decorrente da eventual operação pelo Poder Público da rodovia seja considerado nesses estudos de custo/benefício, especialmente nesse momento de restrição orçamentária do DNIT, por conta da situação fiscal do país.

Em vista da análise realizada acima e da situação atual dos contratos de concessão da 3ª Etapa do PROCOFE e dos contratos de concessão aeroportuária assinados entre 2012 e 2014, em minha opinião, pelo menos as seguintes alterações deveriam ser realizadas na MP:

- a) Inclusão de dispositivo que dê permissão clara para a ANTT alterar os cronogramas de investimentos em expansão de capacidade das concessões de rodovias em curso e para a ANAC e o Ministério dos Transportes alterarem o cronograma de pagamentos das outorgas pelas concessões de aeroportos em curso. Essas alterações poderiam ser condicionadas à relicitação desde que fossem seguidas as premissas teóricas da relicitação que expliquei no item 6.1;
- b) Suspensão quando da adesão à relicitação (i) das obrigações de investimento e de desempenho que requeiram investimentos adicionais aos já realizados; (ii) da possibilidade de aplicação de penalidades e execução do seguro-garantia de cumprimento do contrato em virtude do descumprimento obrigações; e (iii) dos mecanismos de compensação (reequilíbrio econômico-financeiro automático) por descumprimento dessas obrigações, chamados nesses contratos de “Fator D” ou “Desconto de Reequilíbrio”. O concessionário ficará evidentemente obrigado a manter a prestação dos serviços nos níveis existentes quando da adesão ao processo de relicitação. Isso é importante porque ao aderir a relicitação dificilmente o concessionário conseguirá que financiadores continuem a desembolsar recursos para realização dos investimentos. E exigir que os concessionários realizem investimentos apenas com recursos próprios dos acionistas só aumentaria o desequilíbrio desses projetos;
- c) Exclusão de qualquer vedação à participação dos acionistas dos concessionários na relicitação pelas razões que já expliquei no item 6.2 acima;
- d) A MP deveria ao menos apontar o critério para a indenização por investimentos não amortizados. Há no âmbito da União um precedente completamente inadequado estabelecido no setor elétrico: a utilização do valor de reposição dos bens como critério para definir o valor da indenização por investimentos não amortizados. Esse critério aplicado a usinas hidrelétricas antigas levou à necessidade de verdadeiros malabarismos para definir o valor de reposição dessas usinas. Além disso, tecnicamente não faz qualquer sentido que o valor de reposição dos bens seja critério para o valor da indenização. O valor dos bens só corresponde ao valor do investimento no momento do seu desembolso. Após esse momento, o valor do bem cai pela sua depreciação física. Por outro lado, o valor do investimento deve ser remunerado pela taxa de rentabilidade do projeto, e, portanto, o valor do investimento a ser indenizado é corrigido pela taxa de rentabilidade esperada da concessão. Daí porque me parece mais consentâneo com a lógica econômica desses contratos utilizar o valor dos ativos intangíveis e financeiros registrados no balanço do concessionário, devidamente corrigidos para a data de pagamento. Esses valores são auditados de acordo com as regras estipuladas pela CVM – Comissão de Valores Mobiliários.
- e) É preciso alterar o artigo 25 da MP para permitir que a arbitragem possa ser iniciada mesmo em caso de silêncio da agência reguladora sobre os pleitos do concessionário ou do Poder Concedente;

- f) É preciso mudar o prazo previsto na MP para a realização da relicitação. Dois anos a partir da adesão da concessionária ao processo de relicitação simplesmente não é suficiente para realizar estudos de viabilidade técnicos, econômicos, financeiros, jurídicos e ambientais, aprovar tais estudos internamente na ANTT, Ministério dos Transportes, realizar a consulta pública, a relicitação e assinar os respectivos contratos. A MP não deveria prever prazo máximo para isso, pois se tratam de ações a serem feitas pelo Governo e cujos prazos são de difícil controle, inclusive pelo próprio Governo.