

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Desafios à expansão da infraestrutura: o equilíbrio financeiro de concessões.

Rafael Aizenstein Cohen

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da
FGV Direito SP, sob orientação do
Professor Dr. Wanderley Fernandes

São Paulo
2018

1. Tema, contexto, objetivos e delimitação de escopo

A necessidade de ampliação da infraestrutura e o expressivo volume de investimentos necessários para suprir essa necessidade levou à reforma da Administração Pública promovida na década de 1990 que permitiu, por meio das Leis nº 8.987/95 e nº 9.074/95, a delegação de serviços públicos estratégicos à iniciativa privada por meio de Contratos de Concessão.

Esse movimento permitiu ao Estado brasileiro beneficiar-se da disponibilidade de recursos, expertise e eficiência da iniciativa privada no momento em que, enfim, o Brasil começava a superar a crise econômica da década de 1980. Com isso foi possível iniciar os investimentos necessários para atendimento à expectativa de crescimento da economia nacional.

De expressiva importância para o desenvolvimento nacional, a modelagem criada para gerar interesse da iniciativa privada em participar desses investimentos estava baseada em três elementos principais: (i) remuneração dos investimentos na infraestrutura necessária por meio da prestação do serviço público e percepção de tarifa pelo concessionário, (ii) celebração de contratos de longo prazo, atendendo ao prazo necessário à amortização dos investimentos e garantindo segurança jurídica aos concessionários; (iii) a prerrogativa de auferir lucro conforme as cláusulas financeiras contidas em sua proposta durante toda a vigência do contrato. A complexa relação acima delineada é a base de qualquer contrato de concessão e a origem da necessidade de proteção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Os investimentos a serem realizados pelos concessionários se destinam à aquisição e manutenção dos bens ou realização das obras para implantação, manutenção, melhoria ou ampliação dos equipamentos necessários ao desempenho do serviço público

No caso de concessões com prévia realização de obras para construção dos equipamentos de infraestrutura que serão explorados, tais como Usinas Hidrelétricas para expansão energética, diversos são os fatores que podem prejudicar o cronograma de obras, desde ajustes no projeto que só podem ser identificados durante as obras até paralizações e outros prejuízos que podem ser causados por comoções sociais e manifestações políticas contrárias à implantação do empreendimento.

Caso o cronograma de obras seja impactado, ainda que não haja destruição total ou parcial do que já foi edificado, há um risco elevado de inviabilização do projeto por conta da majoração de preço decorrente de tais eventos, ou mesmo da indisponibilidade de recursos para arcar com as despesas ocorridas em momento não previsto. Isso se dá pelo fato de, tanto a iniciativa privada quanto o Poder Público, pautarem seus investimentos numa previsão de gastos e na projeção destes no tempo (cronograma de desembolso) que é integrado ao fluxo de caixa das companhias.

Apesar de, numa análise superficial, a extensão do prazo de obra não indicar prejuízo ao equilíbrio econômico financeiro, já que, no longo prazo, o prejuízo pode ser diluído, a insuficiência de recursos para atendimento ao fluxo de caixa pode tornar uma companhia ilíquida e inviabilizar sua continuidade.

Desta forma, em concessões precedidas de obras, especialmente naquelas em que a tarifa só é percebida após o início da operação, os impactos financeiros de eventual fortuito ou força maior, ocorridos na fase de implantação, são especialmente severos e podem levar à insolvência do concessionário, gerando prejuízos diretos à Administração Pública, aos investidores e, especialmente, à comunidade que será atendida pela concessão.

O objetivo do estudo é, justamente, identificar qual o regime de proteção jurídica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão na fase de obras, quando ainda não há percepção de tarifa, bem como identificar as ferramentas jurídicas disponíveis para que seja mantida a solvência do concessionário e a continuidade da concessão com a preservação da qualidade dos serviços públicos.

Em palavras mais simples, busca-se identificar os mecanismos disponíveis para que seja garantida ao concessionário a disponibilidade dos recursos financeiros necessários para conclusão das obras de implantação de novos projetos.

Para cumprir este objetivo, o caminho a ser percorrido é iniciado com a análise crítica de eventos, concretos ou hipotéticos, de comoção social que tenham impactado obras de implantação de Usinas Hidrelétricas, seu enquadramento jurídico e a efetiva extensão destes impactos.

Em seguida, serão identificados os parâmetros que devem ser considerados para o reequilíbrio financeiro das concessões e identificados os mecanismos disponíveis para este reequilíbrio sem prejuízos à Administração Pública ou à iniciativa privada.

A conclusão do estudo será a propositura de uma modelagem de contrato de concessão que possua ferramentas que garantam, a um só tempo, o equilíbrio econômico (interesse do concessionário) e o equilíbrio financeiro (interesse da Administração Pública)¹ das concessões, sem que haja prejuízos às partes envolvidas.

¹ O interesse da Administração Pública e da comunidade, de maneira em geral, na manutenção do equilíbrio financeiro dos contratos de concessão pode se dar por diversas razões, destacando-se a (i) manutenção da capacidade do concessionário de realização de investimentos e prestação do serviço concedido, (ii) demonstração da confiabilidade do investimento e atração de novos investidores a projetos semelhantes, (iii) evita-se a insolvência do concessionário e diversos custos e riscos decorrentes da relicitação.

2. Justificativa da relevância prática e do potencial inovador

Seja para garantir o desenvolvimento econômico nacional ou reduzir as desigualdades regionais do Brasil, é certo que o país depende de investimentos significativos em infraestrutura para ampliação da disponibilidade energética, escoamento de bens e produtos, extração de recursos naturais, saneamento básico, entre outros serviços que dependem da ampliação da infraestrutura pública.

A situação econômica nacional, especialmente em razão dos altíssimos gastos necessários para manutenção da máquina pública e na queda da arrecadação decorrente da atual crise político-econômica, vem demonstrando que a administração pública não dispõe dos recursos necessários para, por si, ampliar a infraestrutura tal como necessário. Da mesma forma, a política econômica implantada na década de 1990, com as concessões de serviços públicos e criação de agências reguladoras, fomenta a delegação destes investimentos à iniciativa privada.

No entanto, a insegurança jurídica é tamanha que são diversas as notícias veiculadas na mídia que tratam das dificuldades econômicas por que passam os concessionários das principais obras públicas realizadas na última década, notadamente a implantação das Usinas Hidrelétricas de Belo Monte, Jirau e Santo Antônio, respectivamente a 1^a, 3^a e 4^a maiores hidrelétricas integralmente instaladas no Brasil², em potência instalada, todas elas impactadas por (i) greves; (ii) manifestações de populares, associações civis ou movimentos políticos contrários à implantação dos empreendimentos³; (iii) alterações regulatórias e/ou ambientais após a realização dos certames; (iv) morosidade ou omissão de parte do Poder Público na condução dos processos autorizativos, além de outros eventos que podem impactar a expansão da infraestrutura.

Com este contexto, o presente estudo visa desenvolver mecanismos que promovam segurança jurídica a concessões que possam ser impactadas por fortuitos ou força maior, tal como a comoção social, que ocorram antes do início da operação.

O resultado prático será, de um lado, o aumento da atratividade das concessões precedidas de obras a grupos nacionais e internacionais. De outro, será possibilitada a continuidade das obras de concessões, ainda que seu cronograma de obras seja atrasado, sem a relicitação do projeto, garantindo maior celeridade à disponibilização dos serviços à comunidade.

² Somados, os investimentos dos concessionários para implantação destes empreendimentos ultrapassam R\$ 80 bilhões que estão significativamente alavancados em financiamentos de bancos públicos, privados e debêntures, que correm o risco de não serem pagos, conforme notícias recentes veiculadas na mídia, além dos prejuízos diretos na prestação do serviço público.

³ Entre os diversos impactos destas manifestações, destacamos eventuais invasões dos canteiros de obras, obstrução das vias de acesso, constrangimento de tomadores de decisão, etc...

O potencial inovador decorre da propositura de uma modelagem de contrato de concessão que possua ferramentas que garantam o reequilíbrio financeiro dos contratos de concessão, bem como do aprofundamento da doutrina existente sobre reequilíbrio econômico-financeiro, analisado sob a ótica financeira, já que a doutrina existente se dedica, majoritariamente, à análise dos aspectos econômicos.

3. Familiaridade com objeto da pesquisa

A familiaridade com o objeto da pesquisa advém da experiência profissional do pesquisador como advogado de concessionárias de serviço público federal e na atuação em escritórios de advocacia nas áreas de regulação, meio ambiente e relações governamentais, tendo assessorado a implantação de empreendimentos para ampliação da infraestrutura e vivenciado os impactos dos diversos eventos que podem impactar financeiramente a expansão da infraestrutura, especialmente a judicialização de questões ambientais.

O dia-a-dia profissional vem mostrando, cada vez mais, a necessidade de se criar um sistema íntegro e rígido para realização de investimentos, com a oferta de garantias para mitigação dos impactos econômicos podem ser causados pela instabilidade político-econômica.

A proposta de pesquisa surge dos receios e incertezas identificados na vida profissional, bem como na constante busca por melhores condições para realização de negócios no Brasil, especialmente na área de infraestrutura, cujos benefícios são diversos e diferidos entre a comunidade, Poder Público e iniciativa privada.

4. Modelo de pesquisa

O presente estudo será baseado na análise (i) da literatura de referência produzida a respeito do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão; (ii) da legislação vigente; e (iii) casos, concretos ou hipotéticos, de desequilíbrio financeiro causados por condições sociais em concessões que ainda não começaram a operar para buscar uma solução ao problema que propõe: como proteger o equilíbrio econômico-financeiro de concessões que ainda não percebem tarifa e concluir a obra para que a operação seja iniciada.

5. Quesitos e Sumário Preliminar

Todo projeto de pesquisa deve ter seu *iter* definido de forma que as dúvidas a serem respondidas sejam claras e permitam, numa evolução lógica, o desenvolvimento do raciocínio para chegar a uma conclusão. Este *iter*, por vezes, é refletido num sumário

preliminar que delinea os capítulos do estudo e a organização lógica do produto a ser desenvolvido.

Neste caso, as dúvidas que se pretende responder com o estudo são organizadas nos quesitos abaixo e que constituem a essência deste projeto de pesquisa:

- (i) Quais os possíveis impactos para a empresa concessionária, de um evento ocorrido na fase de execução de obras de uma concessão de hidrelétrica, que ainda não entrou em operação?
- (ii) Em que medida o evento gera direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da empresa concessionária nesse caso? Qual a fundamentação jurídica?
- (iii) Quais os parâmetros ou critérios adequados para calcular a compensação devida à empresa concessionária em função desse evento? Qual a fundamentação jurídica?
- (iv) Como o contrato de concessão poder ser reequilibrado para preservar a capacidade financeira (fluxo de caixa) da empresa concessionária nesse caso? Em que medida a solução também seria aceitável para o poder concedente? Qual a fundamentação jurídica?
- (v) Que problemas a empresa concessionária enfrentaria nesse caso, se o contrato de concessão fosse reequilibrado apenas sob o ponto de vista econômico, sem considerar os aspectos financeiros?
- (vi) Qual a recomendação prática de modelagem do contrato de concessão para acomodar os interesses do poder concedente e da empresa concessionária nesse caso?

A partir das respostas a estes questionamentos é que se espera chegar às conclusões propostas no item 1.

5.1. Sumário Preliminar

A partir dos quesitos de investigação estabelecidos no item 5, foi elaborado o sumário abaixo que servirá como orientação para desenvolvimento dos estudos e elaboração do trabalho final.

INTRODUÇÃO

1. Contratos de Concessão para expansão da infraestrutura

1.1. Principais agentes

1.1.1. Poder Concedente

1.1.2. Concessionários

1.1.3. Construtores

1.1.4. Financiadores

1.2. Fontes de recursos e remuneração dos concessionários

- 1.2.1. Expansão de empreendimentos já operativos (*brown-field projects*)
 - 1.2.2. Implantação de empreendimentos novos (*green-field projects*)
 - 1.3. Dificuldades enfrentadas por concessionários na fase de implantação de novos empreendimentos e seus impactos financeiros
 - 1.3.1. Principais dificuldades
 - 1.3.2. Impactos econômico-financeiros
2. Regime da proteção jurídica à equação econômico-financeira dos contratos de concessão
 - 2.1. Composição do equilíbrio econômico-financeiro
 - 2.1.1. Proteção jurídica da concessão contra impactos econômicos
 - 2.1.2. Proteção jurídica do concessionário contra impactos financeiros
 - 2.1.3. Manutenção da solvência do concessionário como elemento caracterizador do equilíbrio econômico-financeiro
 - 2.2. Direito ao reequilíbrio econômico-financeiro durante a fase de obras
 - 2.2.1. Elementos caracterizadores de eventos passíveis de reequilíbrio financeiro
 - 2.2.2. Mecanismos para promoção do reequilíbrio financeiro sem prejuízo à equação econômica
3. Propostas de solução para manutenção da capacidade financeira dos concessionários

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

6. Fontes de pesquisa e forma de acesso

O presente projeto de pesquisa trata de assuntos relevantes a respeito de concessões precedidas de obras, contratos públicos e cuja tramitação de processos é pública e de livre acesso.

A análise de eventuais casos concretos poderá ser baseada nas informações divulgadas em processos administrativos e judiciais, bem como na solicitação de eventuais informações complementares a representantes do Poder Concedente e do Concessionário. Na hipótese de identificação de reequilíbrios fundamentados exclusivamente na questão financeira, tal como descrito no item 1, poderão ser realizadas entrevistas com os agentes públicos e privados envolvidos.

Também servirão como fontes de pesquisa a legislação vigente, os contratos de concessão e a doutrina jurídica e econômica a respeito do equilíbrio econômico-financeiro.

7. Bibliografia preliminar

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de serviços públicos: novas tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Grandes temas de direito administrativo. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Pareceres de direito administrativo. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017.

BAGATIN, Andrea Cristina; MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos, direito à greve e os “eventos de força maior”. RT 874/41-53. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro de 2008.

BOGOSSIAN, Andre Martins. O caso dos contratos “irreequilibráveis” de concessão comum e PPP: O que fazer quando não há nada mais a fazer? Acesso em 24.06.2018. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/o-caso-dos-contratos-irreequilibraveis-de-concessao-comum-e-ppp-o-que-fazer-quando-nao-ha-nada-mais-a-fazer/>

CANEVER, Henrique Nunes. Conteúdo material do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). Princípios e fundamentos dos contratos empresariais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A equação econômico-financeira do contrato de concessão: aspectos pontuais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 7, ago/set/out de 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/lucia-valle-figueiredo/a-equacao-economico-financeira-do-contrato-de-concessao-aspectos-pontuais>

FERNANDES, Gustavo Andrey. Equilíbrio econômico e financeiro em contratos administrativos de longo prazo. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo v. 4, n. 23, p. 83–106, mar./abr., 2016. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016

GIRARDI, Cláudio; PÓVOAS, Rafael Frazão. A recomposição do prazo do contrato de concessão em virtude de ato do poder público. In: Temas relevantes no direito de energia elétrica- Tomo III. ROCHA, Fábio Amorim da (Coord.). Rio de Janeiro: Synergia, 2014.

LAMARÃO, Ronaldo Coelho. (Re)Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos à luz da jurisprudência do TCU e da AGU. Curitiba : Juruá, 2015.

LIMA, Renata Faria Silva. Equilíbrio econômico-financeiro contratual. Belo Horizonte, Del Rey, 2007

MARCATO, Fernando S; PINTO JUNIOR, Mario Engler (coord.). Direito da Infraestrutura: Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2017

MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Forum, 2016

REGIS, Vlória Viana. Reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de serviços de transmissão: Estudo de casos. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017

RIBEIRO, Maurício Portugal. Regime Diferenciado de Contratação. São Paulo, Atlas, 2012.

_____. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). Versão Final Publicada Na Internet Em 23/09/2014. Acesso em 20.06.2018. Disponível em <https://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet-39170396>

_____. Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza reequilíbrio econômico). Versão Preliminar Para Discussão Publicada Em 01/11/2015. Acesso em 20.06.2018. Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/reequilibrios-incompletos-de-contratos-de-concessao-e-ppp-reequilibrio-economico-que-nao-caracteriza-reequilibrio-financeiro-e-reequilibrio-financeiro-que-nao-caracteriza-reequilibrio-economico/>

RODRIGUES JR, Otávio. Revisão Judicial dos contratos, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SCWHIN, Rafael Wallbach. Remuneração do Concessionário: Concessões Comuns e Parcerias Público Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010

WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal (et. al). Direito Administrativo na Atualidade, O - Estudos em Homenagem a Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017.

8. Cronograma de execução

Atividade	2018			2019						Horas
	10	11	12	1	2	3	4	5	6	
Pesquisa Bibliográfica	■	■	■	■	■	■	■			110
Pesquisa de casos concretos e coleta de informações			■	■	■	■	■			40
Análise crítica das informações colhidas							■	■	■	20
Redação e revisão					■	■	■	■	■	100
Formatação e revisão final								■	■	10
Depósito									■	N/A
