



Das obrigações do Poder Concedente em contratos de concessão e PPP e suas consequências econômico- financeiras



Contexto de crise atual, após período recente em que Poderes Concedentes assumiram diversas obrigações que não estão conseguindo honrar (1)

- Descumprimento de obrigações de pagamento (aportes, contraprestação, subsídios a financiamentos, reembolso de custos ambientais ou de desapropriação/ desocupação ou pagamentos por terem disparado mecanismos de garantia de demanda etc.) - redução da capacidade de pagamento dos entes governamentais e estatais e redução da capacidade de endividamento dos entes governamentais e das estatais
- Atraso no cumprimento de obrigações de investimentos em obras públicas nas concessões (o caso das obras da Infraero e do DNIT)
- Necessidade de incluir investimentos novos em contratos de concessão e PPP em curso para garantir o abastecimento de água
- Redução da capacidade de pagamento dos usuários dos serviços
- Redução do número de usuários efetivos dos serviços – em alguns casos dispara cláusulas de compartilhamento de riscos, que exige pagamentos do Poder Concedente aos concessionários



Contexto de crise atual, após período recente em que Poderes Concedentes assumiram diversas obrigações que não estão conseguindo honrar (2)

- Aumento do custo de energia elétrica – aumento em alguns casos de mais de 80% nas contas, dispara direito de reequilíbrio dos contratos em alguns casos
- Criação legal de gratuidades (desempregados em SP, Lei do Caminhoneiro etc.), também dá origem a processos de reequilíbrio
- Necessidade de apressar os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelas dificuldades de financiamento e por falta de liquidez da concessionária para sobreviver sem reequilíbrio
- Poder Concedente adia decisão e pagamento de reequilíbrio, se financiando em cima dos concessionários

Reequilíbrio, revisões e tentativa de renegociações se tornam comuns
Rigidez natural dos contratos de concessão e PPP e falta de recursos do Poder Concedente dificultam renegociação



Resumindo o efeito dos descumprimentos do Poder Concedente

- 1) Multas sobre o Poder Concedente
- 2) Em muitos casos, haverá direito do concessionário de execução da garantia de pagamento público
- 3) Em muitos casos, o concessionário terá direito ao reequilíbrio económico-financeiro
- 4) Em alguns casos, o concessionário terá direito a suspensão de investimentos (particularmente quando não houver pagamento de aportes)
- 5) Em muitos casos, impacto sobre a qualidade do serviço, com impactos perniciosos sobre os usuários



Concessionária funciona como financiador do Poder Concedente

Atividade	Banco	Concessionária
Renuncia a liquidez	Ao emprestar	Ao investir
Em favor de	Mutuário	Poder Concedente/usuários
Finalidade	Depende do caso	Geralmente, investir em construção/melhoria de infraestrutura para disponibilizar/prestar serviços relacionados a essas infraestruturas
Remuneração	Taxa de juros	Taxa Interna de Retorno
Condição para receber pagamento	Passagem do tempo	<ul style="list-style-type: none">• Disponibilizar serviços nas condições previstas no contrato• Gerenciamento adequado dos riscos que lhe foram atribuídos• Sorte?
Risco	Mais baixo	Muito mais alto
Valor da taxa	Mais baixa	Muito mais alta



Efeitos da estratégia de procrastinação adotada por entes estatais para lidar com os seus descumprimentos de contrato

- Adiar a solução dos problemas tem sido a estratégia principal dos Poderes Concedentes
- Atrasar pagamentos e realização do reequilíbrio significa na maioria dos casos que o Poder Concedente está se financiando pelo menos a juros equivalentes à taxa interna de retorno do concessionário
- Taxa interna de retorno do concessionário é muito mais alta que taxa de juros cobrada em financiamentos bancários para o Poder Concedente
- Faz mais sentido o ente estatal se financiar no sistema bancário para realizar o pagamento e para cobrir o desequilíbrio do contrato de concessão ou PPP
- Eventualmente, controladores da Administração Pública e MP podem notar que é possível enquadramento como improbidade administrativa desses atrasos no pagamento: dano ao Erário é óbvio, e poderia ser enquadrado no art. 10, inc. V ou VI da Lei de Improbidade



O que é o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e PPP?

- 1) O direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato é o direito de ser compensado econômica e financeiramente
- 2) Por ocorrência que lhe causou impacto econômico-financeiro
- 3) Mas que é risco de outra parte do contrato

O objetivo é colocar a parte atingida em condição igual a que tinha antes de ocorrer o evento que não é risco seu



Percurso para a Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro

- 1) Verificação da ocorrência de evento
- 2) Análise do contrato, lei e outras normas para estabelecer de quem é o risco
- 3) Dimensionamento do impacto do evento
- 4) Estipulação do valor da compensação
 - 4.1. Parâmetros para mensuração dos custos causados pelo evento
 - 4.2. Valor de dinheiro no tempo
- 5) Definição da forma de compensação (variação da tarifa, pagamento público etc.)



Alternativas de Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro

- 1) Variação de prazo do contrato
- 2) Variação de subsídio tarifário e/ou de pagamento público
- 3) Dação em pagamento de bens e/ou cessão de receitas patrimoniais para pagamento de dívidas
- 4) Assunção pelo Poder Concedente de custos atribuídos pelo contrato ao concessionário
- 5) Variação de custos de investimentos ou operação (supressão de investimentos, obrigações operacionais etc.)
- 6) Exploração de receitas acessórias para além do prazo de vigência do Contrato de Concessão
- 7) Variação do valor da tarifa (as vezes tem impacto na demanda)
- 8) Outras possibilidades?



Adiamento do reequilíbrio pode ser caracterizado como improbidade administrativa?

- 1) Certamente adiamento do reequilíbrio caracteriza má-gestão
- 2) Trata-se da forma de financiamento mais cara que o Poder Concedente pode utilizar
- 3) Dano ao Erário de atrasar o reequilíbrio pode ser mensurado facilmente
- 4) Art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa:
Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
(...)
II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- 5) Se for enquadrado, art. 12, inc. III, da Lei de Improbidade Administrativa prevê as seguintes consequências: ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.



Conclusão

- Necessidade dos Poderes Concedentes reequilibrarem os contratos o mais prontamente possível (abandonar estratégia de procrastinação)
- Se não for viável, é preciso verificar se é possível abrir renegociação dos contratos o quanto antes
- O atraso no cumprimento de obrigações de pagamento/investimento gera dívida com taxas de juros muito mais altas do que seria necessário
- Possível caracterização da desídia no tratamento dos processos de reequilíbrio como improbidade administrativa