



Entre os grandes riscos das PPPs, o maior é o político.

03/01/2005

Ao apagar das luzes do ano de 2004, o Congresso Nacional outorga à sociedade civil um instrumento importante para o desenvolvimento econômico e social do País – a possibilidade de se estabelecerem as denominadas parcerias público-privadas ou, simplesmente, as PPPs, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Mais de um ano se passou desde que o Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei das PPPs. Mas foi nesse período de tempo que, em conjunto com o Executivo, os Parlamentares trouxeram uma contribuição efetiva para o aprimoramento do texto legal, encarando as dificuldades efetivas e buscando soluções que permitissem a implementação efetiva de projetos. Nessa tarefa, puderam eles contar com o apoio de especialistas e de potenciais participantes em operações dessa natureza, sem deixarmos de mencionar a colaboração aportada pelas entidades de classe da indústria e do setor de serviços.

Superada essa fase complexa, o País e a sociedade civil contam agora com um marco legal claro e definido para a implementação de parcerias. Cabe-nos agora arregaçar as mangas e lançarmos ao trabalho efetivo, em busca de resultados concretos.

Do ponto de vista legal, o texto de lei aprovado e sancionado pelo presidente da República, joga uma lufada de oxigênio na estrutura do direito administrativo brasileiro. Arraigado a conceitos vigentes no pré-Segunda Guerra, o direito administrativo ainda reflete, em muitos de seus aspectos, a noção superada do Estado provedor. Hoje, e as PPPs são uma manifestação inequívoca disso, há uma convergência na ação do Estado e das entidades privadas, no contexto do conceito de responsabilidade social. O desenvolvimento do País requer mais do que uma ação isolada do Estado. Este deve buscar no setor privado o apoio a projetos estruturantes, capazes de abrir uma avenida propícia ao desenvolvimento econômico e social.

Bastante conhecidas são as limitações orçamentárias com que se defronta o Estado. Os recursos arrecadados, apesar de serem vultosos, são insuficientes para permitir a implementação de todos os projetos de que o País necessita nesta quadra de seu desenvolvimento. O desempenho econômico do Brasil não pode se dar de forma cíclica, ou seja, a alternância entre ciclos virtuosos e ciclos de depressão. Necessitamos estar seguros de que há sustentabilidade e permanência em cada etapa do processo desenvolvimentista para que possamos planejar e encarar a fase subsequente.

Projetos de infra-estrutura assumem papel fundamental no complexo processo de desenvolvimento sustentável. Os gargalos detectados nessa área põem em risco a continuidade do processo produtivo e das exportações. Os recursos disponíveis se dirigem, em grande parte, para programas de cunho social, exigindo soluções criativas para que não interrompamos o processo de crescimento recém retomado pelo País.



Se bem que não se deva jamais perceber as PPPs como uma panacéia, um “remédio para todos os males”, nem mesmo “uma redenção de todos os nossos problemas”, certo é que essa modalidade operacional poderá trazer resultados positivos para o País, como ocorreu em outros países, desde o Reino Unido, onde surgiu o primeiro programa, passando pelos países da Europa, especialmente os do Leste Europeu, e chegando ao continente americano através de programas importantes implantados no Canadá, como os de cunho social na Província de Alberta, Ontario, Quebec e British Columbia onde se pode testemunhar um aumento, por exemplo, de oferta de leitos hospitalares disponibilizados nessa modalidade, além de outros projetos como estradas, ferrovias e escolas, não nos esquecendo das experiências de sucesso no vizinho Chile.

As PPPs se inserem num processo de evolução que se iniciou com as privatizações, se seguiu com a outorga de concessões tradicionais para desenvolvimento de projetos de infra-estrutura e culmina, neste momento, com um esforço e engajamento conjuntos do Estado e do setor privado.

O primeiro passo já foi dado. Contamos com um marco legal aplicável às PPPs. A Lei define claramente as PPPs como uma modalidade de contrato de concessão, seja a patrocinada, seja a administrativa. O grande mérito deste texto legal é definir as concessões que se enquadram no âmbito das PPPs, mantendo íntegras as concessões ordinárias. Na verdade, o que irá dar o contorno de uma PPP à concessão é o aporte de recursos pelo parceiro público, seja ele adicional à tarifa paga pelo usuário (concessão patrocinada), seja em decorrência de ser a Administração Pública a usuária direta ou indireta dos serviços prestados (concessão administrativa).

A questão principal que se impõe a partir de agora é passar do texto legal para a realidade da implementação dos projetos concebidos. Já tivemos a oportunidade de mencionar que as PPPs, por mais estranho que isso possa soar, estão ancoradas em dois “C”, isto é, o “C” da Cultura e o “C” da Criatividade(1). O desenvolvimento das PPPs representa um profundo processo de mudança cultural nas relações entre o Estado e o particular, assim como exige de todos os que com elas venham a se envolver muita criatividade na forma de implantação. Além disso, as PPPs estarão a exigir um esforço adicional e que está, de certa forma, ligado à criatividade, ou seja, a “tropicalização” de modelos adotados em outros países que nos precederam nesse esforço, ajustando-os à nossa cultura e realidade. Não podemos imaginar que estaremos em condição de simplesmente transportar experiências realizadas em outros países para o Brasil sem que nos dediquemos, em primeiro lugar, a adaptá-las à nossa cultura e à nossa realidade. Nisso reside o que denominamos de “tropicalização”(2).

No entanto, o sucesso das PPPs está a depender do apetite que possam elas gerar no investidor privado sem a participação do qual os esforços despendidos dificilmente produzirão qualquer resultado prático. Esse apetite será maior ou menor em função do resultado da equação remuneração versus risco, ou seja, da forma como o grau de risco envolvido em cada projeto possa ser percebido pelo investidor privado e que ele não venha a amesquinhar o retorno do investimento previsto pelo parceiro privado. As PPPs somente terão cumprido a sua função se,

de um lado, assegurarem a disponibilidade de um serviço ou a instalação de um ativo. Por outro, no entanto, há que se buscar um balanço para que a satisfação do parceiro privado esteja alinhada com a do parceiro público, ou seja, que aquele venha a auferir, no tempo e forma ajustados, a remuneração que corresponde à contrapartida do investimento efetivado.

Os riscos num projeto PPP são de várias naturezas e vamos analisá-los, neste momento, de per se e examinar se, a despeito do que se possa vir a criar no futuro, o texto legal, de alguma forma, buscou uma forma de mitigá-los por antecipação, criando mecanismos que amenizem os riscos envolvidos. No entanto, é importante que saibamos que, nesse campo, não há operação sem risco e que este é inerente à natureza de cada projeto. Eliminar riscos é um esforço inglório, o que desnaturaria a operação. No entanto, mitigar os riscos é dever de todos os que se lançarem em operações no âmbito das PPPs, e estará iludido o que pensar que a mitigação é de interesse exclusivo do parceiro privado. O parceiro público, de forma idêntica, tem interesse nessa mitigação, já que a convivência com um grau de risco elevado se constitui em ameaça à implementação das PPPs e ao adimplemento do projeto, seja quanto à sua conclusão, seja quanto à sua operacionalização ao longo da vida do contrato de concessão.

O primeiro e maior deles é o risco político. Risco soberano associado com o país anfitrião, na visão do investidor externo e que, para o investidor local, não assume os mesmos contornos, mas não deixará, assim mesmo, de existir. Mas o risco político envolve ainda o denominado “fato do príncipe”, entendido este como o conjunto de medidas de natureza administrativa que, sendo alheias ao contrato, sobre ele terão influência. Incluem-se nessa categoria as alterações administrativas, expressas em mudança de lei, decisões judiciais transitadas em julgado ou em atos administrativos.

A Lei das PPPs, no entanto, não foi insensível a este aspecto fundamental. Muito embora tenha preferido e, a nosso ver muito corretamente, não estabelecer de antemão regras sobre o assunto, optou, no entanto, por deferir ao respectivo contrato a tarefa de tratar da repartição entre as partes dos riscos referentes ao fato do príncipe e à álea econômica extraordinária, assim como os efeitos do caso fortuito e da força maior⁽³⁾. Quando afirmamos que andou bem o legislador ao deferir ao contrato a solução dessas questões, quisemos enfatizar que, na área de PPPs, como nos projetos em geral, não há contratos-padrão. Dentro dos limites previstos em lei, cada contrato há de convir, apenas e tão somente, à operação a que se refira. Pensar em padronizar um contrato para toda e qualquer operação é tarefa que tende a demonstrar-se inútil ou, pelo menos, com efeitos bastante duvidosos. Cada caso conterà aspectos próprios que deverão ser levados em conta pelas partes. Para tanto, um dos pressupostos da Lei é que haja uma repartição objetiva de riscos entre as partes. E isso parece suficiente.

Um outro risco muito importante é o risco ambiental, ou seja, a previsibilidade de se obterem as licenças ambientais necessárias a cada uma das fases do projeto. A história recente de projetos de infra-estrutura de grande porte vem sendo afetada pela dificuldade na obtenção das licenças ambientais. Anteriormente, quando da aprovação do novo marco regulatório para o setor elétrico, o legislador estabeleceu que a licitação de novos empreendimentos hidrelétricos deveria contar com a licença prévia expedida⁽⁴⁾. No caso das PPPs, a legislação buscou mitigar de antemão esse risco ao determinar que a abertura do procedimento licitatório para a outorga de concessão no âmbito das PPPs estará condicionada, dentre outros requisitos, a que o projeto

conte com licença ambiental prévia expedida pelo órgão competente ou, em sendo o caso, que sejam conhecidas as diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento⁽⁵⁾. É importante que se tenha em mente que a Lei buscou uma forma de mitigação do risco ambiental. Longe de eliminá-lo, atenua ela o risco, cabendo ao parceiro privado no empreendimento seguir fielmente as diretrizes para o licenciamento, sabendo a priori as dificuldades que poderá vir a encontrar. Vale lembrar que, em muitas oportunidades, o risco não pode ser medido por antecipação, já que não é impossível que venham a ser descobertos, ao longo da construção do empreendimento, tais como sítios arqueológicos e paleontológicos de grande impacto. Não é desconhecida a história da construção de um gasoduto no centro-oeste que teve a sua implementação retardada pela descoberta de cavernas de morcegos. Até que se encontrasse uma solução que, a um só tempo, preservasse o habitat da espécie e fosse compatível com o traçado do gasoduto, a obra sofreu um atraso considerável. Fatos como este, poderão sempre ocorrer e afetarão o prazo de conclusão do empreendimento. Questões como essa devem ser reguladas nos instrumentos contratuais respectivos, especialmente as consequências daí decorrentes. A tarefa das partes será regulamentar o que possa vir a surgir, estabelecendo quem deverá suportar e em que medida os efeitos daí decorrentes.

O risco regulatório, por sua vez, assume, em determinados setores, uma importância muito grande. Vimos afirmando há algum tempo que precisamos contar, no que tange às atividades reguladas, com um marco legal claro e estável. Além disso, não podemos nos esquecer de que o risco regulatório abrange, ainda, a forma de aplicação do marco estabelecido. É o risco associado à intervenção do regulador. Não basta que o marco exista, que seja ele claro e estável, necessário será que o regulador setorial aplique o marco e busque as soluções na forma nele previstas. O risco decorre da necessidade de que se aplique o marco previsto sem dele se afastar, evitando-se decisões em que o subjetivismo tome o espaço das soluções objetivas, o que geraria insegurança e nos levaria para o campo das suposições e incertezas. Essa mesma ressalva valerá para aquelas áreas de atividade e setores onde o caráter regulatório decorre de normas e regras contratuais. É muito importante que os parceiros dediquem tempo e exerçam a criatividade para o estabelecimento dessas regras, ao mesmo tempo em que é importante que se estabeleçam os parâmetros que hão de reger a atuação das agências reguladoras e dos Ministérios⁽⁶⁾. O contrato básico das PPPs é, por sua natureza, um contrato administrativo⁽⁷⁾, e contrato de concessão, revestindo-se, portanto, da natureza de contrato administrativo por excelência. Diante disso, pode a Administração Pública valer-se das cláusulas exorbitantes inerentes ao contrato administrativo e que não necessitam estar previstas no instrumento contratual para se aplicarem. Resulta disso que, à vista do interesse público, a Administração poderá servir-se dessas cláusulas e invocá-las para alterar unilateralmente ou rescindir também unilateralmente o contrato. O risco, neste caso, estará no eventual abuso no exercício dessas prerrogativas com invocação do interesse público. Vale sempre lembrar que, dada a sua excepcionalidade, a invocação do interesse público pela Administração há de ser exercida de forma parcimoniosa. É muito importante que se tenha em mente que há uma distinção bastante clara entre interesse público e o interesse privado da Administração Pública. A mitigação desse risco somente será alcançada se a Administração limitar a sua ação ao que seja realmente o interesse público, não cedendo à tentação de qualificar como tal o que, na realidade, não passa

de um interesse privado da Administração.

O risco contratual nas PPPs é, a exemplo do que acontece em projetos em geral, da maior importância. A Lei das PPPs nos indica a necessidade de que seja disponibilizada, juntamente com o edital de licitação, a minuta do contrato(8). É muito importante que não se pense ou se admita que uma operação no âmbito das PPPs se implementará com apenas um instrumento contratual. É certo que a Lei quer se referir ao contrato de concessão. No entanto, um projeto da natureza dos pretendidos por PPPs exige o estabelecimento de uma complexa cadeia contratual, capitaneada esta pelo contrato de concessão. Portanto, desse contrato ou em relação a ele, outros contratos irão ser desenvolvidos no âmbito da parceria, tais como o contrato de construção na modalidade chave na mão, contratos de operação e manutenção, sem mencionar os contratos de financiamento e aqueles que visam a criar um pacote de garantias que assegure a amortização dos financiamentos e outras modalidades de aporte de recursos ao projeto, sejam essas garantias outorgadas pelos patrocinadores dos projetos, sejam elas uma cessão de direitos sobre garantias de desempenho pelo parceiro público.

Cada um desses contratos envolvendo, no todo ou em parte, os mesmos signatários, estará encadeado com os demais. Em razão disso, muitos deles somente serão negociados ou terão a sua negociação concluída após a assinatura de outros que com eles se relacionam. O elemento fundamental neste caso é que haja uma compatibilização entre o tratamento dado a cada evento ou série de eventos em cada um desses contratos, harmonizando-se as respectivas disposições contratuais. Se eles não existem sem ter, ainda que parcialmente, um vínculo com um ou alguns dos demais, na parte em que estejam vinculados, necessário e recomendável será que estejam alinhados quanto à solução ajustada. O conflito no tratamento contratual de situações correlatas representa um risco efetivo e agrega maior custo ao empreendimento, especialmente no que tange ao custo de captação de recursos de terceiros. Na cadeia contratual, por exemplo, dificilmente se poderá conviver com instrumentos correlatos em que num deles determinado evento seja tratado como de força maior e com as consequências daí decorrentes e, em outro, esse mesmo evento não se beneficie do mesmo tratamento. Situações como essa fazem com que uma das partes assuma um risco maior sem que possa se proteger adequadamente na cadeia contratual.

Todos aqueles que, em algum momento, se dedicaram à negociação de contratos de projetos de infra-estrutura sabem muito bem as consequências que se podem prever em situações que estejam fora do controle de uma das partes e que, por característica da própria negociação contratual, não encontrem elas tratamento similar no âmbito de contratos que estejam a montante ou a jusante daquele então considerado. A palavra de ordem, nesse aspecto, é, sem dúvida alguma, a harmonização da cadeia contratual. Trabalho extenuante, é certo, mas de importância capital para a condução do empreendimento. O exercício dessa harmonização há de representar um enorme benefício para o projeto como um todo, evitando-se o surgimento de situações para as quais as partes deixaram de contemplar regras de solução. Ainda aqui deve-se prestigiar o adimplemento das obrigações como forma de se atingir o objetivo pretendido.

Uma das grandes conquistas obtidas com o exercício da implementação, via concessão, de projetos de infra-estrutura de grande porte foi a conscientização do Poder Concedente de que há um fator da maior relevância que se sobrepõe ao desejo de se ver um projeto implementado. Referimo-nos à viabilidade econômico-financeira de projetos dessa natureza. O Poder Concedente está consciente de que cada projeto seja viável, o que evita o que ocorreu no passado onde volumes importantes de recursos foram “enterrados” em projetos que eram sabidamente inviáveis. Esses tempos ficaram para trás e a Lei não ignora esses novos tempos e estabelece padrões de atuação com eles compatíveis para a Administração Pública(9).

Muito embora se pudesse qualificá-lo como parte do risco político ou soberano, optou-se por dar destaque especial ao risco de inadimplemento no contexto de um empreendimento qualificado como PPP. Em primeiro lugar e a título de introdução a essa discussão, nos socorremos da cultura existente entre o setor público e o setor privado, ou seja, a cultura da desconfiança mútua. O setor privado desconfia do cumprimento da obrigação de pagamento pelo setor público e este, por sua vez, da observância dos prazos e custos contratuais pelo setor privado. Se não lograrmos construir uma cultura sadia de relacionamento entre as partes, dificilmente teremos sucesso nessa empreitada. A cultura sadia implica admitir que cada uma das partes cumprirá com o ajustado e sempre imbuída de boa fé. Isso, naturalmente, não exige que se estabeleçam penalidades, períodos para remediar inadimplementos e garantias de parte a parte. Isso faz parte inerente da dinâmica contratual.

O Estado sempre se caracterizou por ser um mau pagador, no sentido de que as obras e serviços devem ser concluídos no tempo e forma ajustados e os prazos para pagamento podem ser dilatados em razão da conveniência administrativa. Não se tome isso como ofensa, visto que foi essa constatação que levou o Conseil d’Etat francês a criar, no passado, o mecanismo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, expurgando o risco da álea econômica extraordinária dos preços ofertados pelos particulares em procedimentos licitatórios. Por isso se pode afirmar que esse mecanismo representa uma proteção do interesse público e do interesse particular. A contrapartida da invocação do interesse público para uma alteração unilateral do contrato administrativo implica, por outro lado, a restauração da forma que venha a ser julgada viável da equação de equilíbrio do contrato, preservando-se, dessa forma, a situação do contratado e, além disso, a satisfação do interesse da coletividade.

A questão é muito clara ao ser analisada. O mesmo interesse público que determinar a alteração unilateral do contrato, determinará, por conseguinte, a preservação da situação do contratado, assegurando-se, dessa forma, a conclusão de uma obra ou a continuidade na prestação de um serviço público.

Vale lembrar que, na forma prevista na Lei, o pagamento de qualquer contraprestação pela Administração Pública, seja na modalidade de concessão patrocinada, seja na de concessão administrativa, dependerá sempre da conclusão do empreendimento e de sua efetiva disponibilidade para o parceiro público(10). Portanto, ao se credenciar para recebimento da contraprestação ajustada, o parceiro privado deverá ter concluído o empreendimento e estar o mesmo em condições de fruição pelo parceiro público ou de usuários do mesmo, o que faz com que a maior e mais significativa parcela do investimento já tenha sido efetivada e as obrigações de financiamento assumidas e vinculativas para ele.

Nesse quadro, não pode o parceiro privado se ver impedido de receber efetivamente a contraprestação que lhe cabe(11), na forma e prazos ajustados. Nesse campo, a Lei tomou uma série de cautelas a serem introduzidas no contrato de concessão e destinadas a minimizar o risco: fixação de penalidades proporcionalmente à gravidade do inadimplemento e às obrigações assumidas e fatos que caracterizem o inadimplemento pecuniário do parceiro público, modo de corrigi-lo e forma de acesso a garantias(12); garantias prestadas, dentre outras formas, por um Fundo Garantidor especialmente criado, de natureza privada, e com limite de prestação de garantia atrelado ao valor total de seus ativos, e cuja administração estará a cargo de uma instituição financeira sob controle da União, mas supervisionada pelo Banco Central do Brasil(13). Por outro lado, como forma de manter a atualização monetária dos valores contratuais e evitar as demoras naturais em sua implementação, dispensa-se a homologação prévia da Administração nos casos em que a atualização se basear em índices e fórmulas matemáticas(14).

Se bem que as penalidades se apliquem, da mesma forma, ao parceiro privado, criando-se uma condição de equilíbrio contratual, este, por sua vez, deverá prestar garantias de execução do empreendimento compatíveis com os ônus assumidos e riscos envolvidos, sendo que o contrato deverá conter critérios objetivos para avaliação de seu desempenho(15). Aliás, vale lembrar que a contraprestação poderá ser efetivada até mesmo na forma de remuneração variável atrelada, neste caso, a metas e padrões de qualidade(16). Aqui reside uma questão importante: um projeto dessa natureza somente será considerado prioritário se vier a atender necessidades da coletividade. Por outro lado, há que se buscar um ponto realista quanto aos padrões de qualidade e desempenho a serem demonstrados pelo parceiro privado em relação ao projeto e que seja viável de ser atingido; da mesma forma, esse ponto ideal deve responder aos anseios do parceiro público com vistas ao atendimento do interesse coletivo. A canalização de recursos privados e/ou públicos somente será justificável se, em nome da contraprestação a ser auferida, o parceiro privado coloca à disposição um projeto compatível com os requisitos que tenham sido estabelecidos. Portanto, aí se encontra outra área onde se deve investir tempo e discernimento para que esses padrões de qualidade e desempenho se situem nem acima, nem abaixo do que seja desejável, mas no ponto exato do possível e desejável, do realista e atingível, o que exigirá criatividade e investimento de tempo e esforços pelos parceiros.

Não se pode deixar de fazer menção especial à preocupação do legislador com a financiabilidade e bancabilidade de projetos no âmbito das PPPs. Várias são as medidas previstas para assegurar que se materializem efetivamente as parcerias e se implementem os projetos, dando lugar ao financiamento dos mesmos. Em primeiro lugar, atendendo aos princípios gerais das operações de “project finance”, a Lei determina que o empreendimento deverá ser necessariamente conduzido por uma sociedade de propósito específico, cujo único ativo será o próprio empreendimento, devendo esta implantá-lo e geri-lo(17), visando a isolar o patrimônio constituído pelo projeto daquele de seus patrocinadores. Mais do que isso, embora esteja preservado em mãos do parceiro privado, durante toda a vida da parceria, o controle dessa sociedade, já que qualquer alteração dependerá de prévia autorização do parceiro público, a Lei permite, no entanto, que essa sociedade adote a forma de companhia aberta, habilitando-a a listar suas ações em Bolsa, seja as ordinárias em excesso ao número necessário

para manter o controle, seja preferenciais, bem como quaisquer outros valores mobiliários, como é o caso de emissão pública de debêntures. Dessa forma, a legislação criou meios para que se busque financiamento no Brasil, evitando-se, na medida do possível, o problemático descasamento de moedas entre receitas em reais e financiamentos em moeda estrangeira, que tantos problemas criou na implantação de projetos de infra-estrutura no passado, como foi o caso das usinas termelétricas. A indexação de obrigações à moeda estrangeira que, no passado, sempre se caracterizou como excepcional e aplicável apenas a um universo muito restrito de casos, na forma prevista em legislação extravagante, sofreu com a promulgação do Código Civil, em 2002, alteração substancial já que veio este a limitar ainda mais o recurso a esse mecanismo⁽¹⁸⁾, inserindo a norma impeditiva na legislação civil codificada e assumindo o caráter de princípio geral relativo ao pagamento.

Além disso, a legislação recém editada cria os mecanismos necessários para viabilizar o atendimento aos requisitos exigidos pelos financiadores em projetos dessa natureza. Criou ela os meios para que se torne viável a concessão de financiamentos. A Lei permite, em caráter excepcional, que o contrato de concessão contenha regras claras para a transferência do controle acionário da sociedade de propósito específico para os financiadores do parceiro privado com a finalidade de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade na prestação dos serviços⁽¹⁹⁾. Estamos, neste caso, diante de um mecanismo contratual que viabiliza a intervenção dos financiadores no projeto. O mais importante é que o parceiro privado e seus financiadores poderão vir a conhecer de antemão os requisitos para que possam ter transferidas para eles as ações representativas do controle acionário da empresa do projeto, eliminando-se, mais uma vez, a incerteza. Na forma prevista em Lei, não se insere esta dentre as cláusulas que devem necessariamente estar contidas no contrato de concessão; trata-se de uma possibilidade aberta pela legislação; na prática, no entanto, pode-se bem imaginar que os financiadores haverão de requerer que ela venha a constar dos instrumentos contratuais respectivos. Ao lado dessa possibilidade, a Lei cria mais duas e que são muito importantes: a emissão de empenhos em nome dos financiadores para recebimento da contraprestação devida pelo parceiro público⁽²⁰⁾ e, ainda, o reconhecimento do direito dos financiadores de receberem diretamente indenizações porventura devidas em razão da rescisão antecipada e pagamentos pelos fundos garantidores⁽²¹⁾. Todas essas disposições visam a viabilizar a obtenção dos financiamentos necessários e criar meios para que os tomadores estruturem adequadamente as suas operações, dispondo de autorização legal para praticá-las livremente. Do lado dos financiadores, essas disposições dão um quadro bastante claro da exequibilidade de mecanismos de garantia.

As disposições mencionadas acima são da maior relevância para viabilizar a estruturação de operações de financiamento a projetos de infra-estrutura, já que estes não são desenvolvidos com recursos de capital aportados exclusivamente pelos patrocinadores. Aliás, a Lei é clara ao admitir essa realidade, estabelecendo os limites máximos para aporte de recursos públicos em função do total das fontes de recursos financeiros⁽²²⁾, sendo que o saldo remanescente deverá ser aportado pelo parceiro privado, equacionando-se, assim, o fluxo de recursos necessários à implantação do projeto.

Sempre defendi, no marco das operações de “project finance” do setor elétrico, a legitimidade de soluções dessa natureza, pois parece justo que, estando a amortização do financiamento baseada no fluxo de caixa do empreendimento, o financiador venha a ter acesso às receitas geradas por este, nas situações críticas mencionadas, assim como o direito de ingresso no projeto (o denominado “step-in right”), seja para assegurar a sua conclusão, seja para garantir a sua continuidade. Não se tente enxergar nisso, situação com a qual já me defrontei no passado, e em que se argüia um favorecimento aos banqueiros e financiadores que passariam a gozar de uma situação mais privilegiada em confronto com a aplicável ao Poder Concedente. Naquela ocasião, como agora, sirvo-me dos mesmos argumentos. Os financiadores, dada a natureza da operação e a dependência do ingresso de receitas decorrentes do projeto para liquidação dos financiamentos concedidos, tornam-se grandes aliados da Administração seja para assegurar a conclusão do projeto, já que, como é o caso das PPPs, somente a partir dessa conclusão o parceiro privado fará jus à contraprestação, seja na garantia de continuidade da operação de forma a assegurar que não haja qualquer interrupção no fluxo de receita do projeto, o que afetaria a capacidade do parceiro privado liquidar os financiamentos. Por mais que o projeto conte com garantias que possam ser executadas, o que ambos pretendem é que este siga o seu curso normal; por razões em parte diferentes, isso é certo, mas a ruptura do curso operacional é o evento menos desejado por ambos, razão pela qual ambos buscam de forma prioritária o adimplemento. Este é um bom exemplo de solução negociada para eventos extraordinários. Com bastante sabedoria, a Lei privilegia o adimplemento das obrigações em lugar de recorrer à ruptura da normalidade operacional.

Mas temos que levar em conta que, em contratos da duração daqueles a serem firmados no contexto das PPPs, diversas questões e, até mesmo controvérsias, poderão surgir ao longo do tempo, especialmente por serem eles contratos administrativos em que o parceiro público continuará a ser titular de direitos que o colocam numa situação de supremacia sobre o particular, sempre que possa usar das cláusulas exorbitantes.

A possibilidade prevista na Lei para que se utilize, para solução de controvérsias, mecanismos privados, inclusive a arbitragem, assume, ainda aqui, a função de mitigante para os riscos percebidos pelo parceiro privado, pelo parceiro público e pelos financiadores. O recurso exclusivo ao Poder Judiciário aumentaria a noção de risco, dada a realidade dos prazos envolvidos e as obrigações assumidas pelas partes. A arbitragem, na medida em que confere celeridade à solução e permite que a controvérsia seja dirimida por especialistas, vem ao encontro do desejo de todos. A pendência de uma controvérsia afeta a operacionalização e frustra os objetivos de todos os envolvidos, inclusive dos potenciais usuários, sejam eles terceiros ou a própria Administração Pública.

No entanto, nem todas as questões surgidas em contratos dessa natureza poderão ser objeto de arbitragem. Algumas haverá que se caracterizarão como direitos indisponíveis⁽²³⁾, caso em que as partes deverão recorrer ao Poder Judiciário⁽²⁴⁾. Mesmo assim, não se deve interpretar que a utilização da arbitragem seria um elemento menor no conjunto dos mitigantes. Não é assim. O universo de questões e controvérsias que, por sua natureza própria, permite o uso da arbitragem é bastante grande em projetos dessa natureza. E essa é a visão dos financiadores e investidores privados. As cláusulas exorbitantes da Administração, nos contratos administrativos, são, na sua essência, excepcionais e, desde que invocadas e aplicadas com

parcimônia, restarão de incidência menos freqüente. No entanto, e não se veja nisso nenhuma manifestação de pessimismo, operações dessa natureza geram controvérsias de natureza mais variada e que podem, e devem, ser legítima e legalmente, dirimidas por arbitragem.

A escolha da arbitragem como meio extrajudicial de solução de controvérsias, nos contratos de PPP, exigirá cuidado extremo na redação da respectiva cláusula compromissória. É essencial que asseguremos a inserção de cláusulas que permitam, quando do surgimento da controvérsia, a instauração da arbitragem⁽²⁵⁾, evitando-se, dessa forma, que as partes vejam frustrada a sua intenção. No mais, chama-se especial atenção para o cuidado que deva ser tomado na elaboração de mecanismos escalonados ou multi etapas de solução de controvérsias, de vez que esses requerem precisão para que possam ser integralmente implementados⁽²⁶⁾.

O trabalho que todos teremos diante de nós é bastante complexo. A realidade é que não se pode pensar que contratos dessa natureza possam ser negociados em tempo recorde. As autoridades governamentais, em suas recentes manifestações, são claras ao admitir que há um tempo envolvido até que consigamos celebrar o primeiro contrato. Mas o importante é que não se pense que, a partir daí, será possível encontrar um modelo de contrato a ser seguido e replicado indistintamente. Isso é muito pouco provável, se bem que algumas cláusulas tenham uma natureza padrão, mas não nos enganemos pois os desvios do padrão tendem a ser em número muito maior e de enorme complexidade. Mas é melhor que as coisas se passem dessa forma, já que o tempo envolvido na discussão e negociação dos diversos aspectos da operação é, ele mesmo, um mitigante de riscos, na medida em que estaremos forçados a buscar soluções que, a um só tempo, resolvam eventos que venham a ocorrer e que preservem a operacionalidade dos projetos. Que estejamos todos preparados para melhor usufruir em prol da operação e do projeto o tempo a ser despendido na mesa de negociação e a todo tempo, exerçamos a criatividade e forjemos uma verdadeira mudança cultural nas relações entre o parceiro privado e o parceiro público.

Somente dessa maneira lograremos criar uma carteira saudável e realmente operacional para os projetos PPP no Brasil. Somente assim estaremos contribuindo para a sustentabilidade de nosso processo de desenvolvimento.

Notas de rodapé

1 Cf. nosso artigo “Os dois “C” das PPPs” publicado em www1.jus.com.br/doutrina

2 Cf. nosso artigo “A Tropicalização das PPPs – Uma Necessidade Fundamental” publicado, em 12 de julho de 2004, em www.aefinanceiro.com.br/artigos

3 Cf. art. 5º, inciso III da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004

4 Cf. art. 20, inciso (iv), alíneas (b) e (c) do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004

5 Cf. art. 10, inciso (vii) da Lei nº 11.079

6 Cf. art. 15 da Lei nº 11.079 quanto ao papel das agências reguladoras e ministérios



7 Cf. art. 2º da Lei nº 11.079

8 Cf. art. 10, inciso (vi) e art. 11 caput da Lei nº 11.079

9 Cf. art. 10, inciso (i), alínea (a) da Lei nº 11.079

10 Cf. art. 7º e seu § único da Lei nº 11.079

11 Cf. art. 6º da Lei nº 11.079 quanto às formas de pagamento da contraprestação pelo parceiro público.

12 Cf. art. 5º, incisos (ii) e (vi) da Lei nº 11.079

13 Cf. art. 8º e arts. 16 a 22 da Lei nº 11.079

14 Cf. art. 5º § 1º da Lei nº 11.079

15 Cf. art. 5º incisos (vii) e (viii) da Lei nº 11.079

16 Cf. art. 6º § único da Lei nº 11.079

17 Cf. art. 9º da Lei nº 11.079

18 Cf. art. 318 do Código Civil

19 Cf. art. 5º § 2º inciso (i) da Lei nº 11.079

20 Cf. art. 5º § 2º inciso (ii) da Lei nº 11.079

21 Cf. art. 5º § 2º inciso (iii) da Lei nº 11.079

22 Cf. art. 27 e §§ 1º e 2º da Lei nº 11.079

23 Cf. nosso artigo “A Arbitrabilidade de Controvérsias nos Contratos com o Estado e Empresas Estatais”, publicado em www.jusvi.com, sobre o alcance da arbitragem nesses contratos

24 Cf. art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996

25 Cf. nossos artigos “A Cláusula Compromissória à Luz do Código Civil”, publicado em www.camarb.com.br e “As Vantagens da Cláusula Compromissória Clara e Precisa para a Condução da Arbitragem” e “Cláusulas Arbitrais Patológicas – Esse Mal tem Cura” publicados em www.jusvi.com

26 Cf. nosso artigo “O Mecanismo Multi-Etapas de Solução de Controvérsias” publicado em www.camarb.com.br

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2005-jan-03/entre_grandes_riscos_ppps_maior_politico/