



ANEXO VI



OPINIÃO LEGAL

PARA: CONCESSIONÁRIA ROTA DOS COQUEIROS S.A.

DE: PORTUGAL RIBEIRO ADVOGADOS

ASSUNTO: ALTERNATIVAS PARA A COMPENSAÇÃO PELO PODER CONCEDENTE À CONCESSIONÁRIA DE SUA PARCELA NO COMPARTILHAMENTO DAS PERDAS DE RECEITA TARIFÁRIA DECORRENTES DA VERIFICAÇÃO DE TRÁFEGO REAL ENTRE 90% E 70% DA DEMANDA DE TRÁFEGO ESTIMADA.

DATA: 02.02.2018

1. CONTEXTO E CONSULTA

Trata-se de consulta elaborada pela Concessionária Rota dos Coqueiros S.A. ("Concessionária"), sociedade empresária sediada na Rua Pêssego, 232 - Praça de Pedágio - Jaboatão dos Guararapes - Pernambuco - Brasil, sobre alternativas para que o Estado de Pernambuco ("Poder Concedente") lhe compense quanto à sua parcela no compartilhamento das perdas de receita tarifária decorrentes da verificação de tráfego real entre 90% e 70% da demanda de tráfego estimada, tal como previsto no Contrato de Concessão Patrocinada CGPE - 001/2006 ("Contrato"), celebrado em 28/12/2006.

A Concessionária é titular do direito de exploração da ponte de acesso e sistema viário do destino de turismo e lazer Praia do Paiva, por meio de Parceria Público-Privada ("PPP") firmada nos termos do Contrato e do respectivo Edital de Licitação nº 001/2006-CGPE ("Edital"). Informa que, até o final de 2015 e início de 2016, a curva de tráfego real nos dias úteis, que representa a maior parte da receita tarifária, sempre havia registrado tráfego superior ao previsto no Plano de



Negócios apresentado pela Concessionária em sua proposta econômica (“Plano de Negócios”) quando da licitação que deu origem ao Contrato. O referido Plano de Negócios integra o Contrato como seu Anexo IV – Proposta Econômica e foi elaborado com base na projeção de tráfego constante do Anexo X do Edital.

Esclarece a Concessionária, ainda, que os ganhos de receita referentes à ocorrência de tráfego real maior do que o tráfego estimado no Plano de Negócios foram mensalmente repassados ao Poder Concedente, mediante deduções no pagamento da CAT, de forma a dar efetividade ao compartilhamento do risco de tráfego estabelecido na Cláusula 28 do Contrato. Contudo, a partir do fim de 2015, houve a inversão da curva de demanda real de tráfego em relação à demanda de tráfego estimada no Plano de Negócios de modo que a Concessionária passou a operar com tráfego real abaixo do estimado, tanto na faixa entre 90% (noventa por cento) e 70% (setenta por cento) quanto abaixo de 70% (setenta por cento) do tráfego previsto no Plano de Negócios.

Informa a Concessionária que, até o momento, o Poder Concedente não recompôs a parcela das perdas de receita decorrentes da redução do tráfego de sua responsabilidade e risco, segundo as regras contratuais. Sendo assim, a Concessionária nos indaga a respeito (i) da utilização da CAT como mecanismo de compensação automática devida à Concessionária pela ocorrência de demanda de tráfego entre 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento) do tráfego estimado, (ii) como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, (iii) após o prazo contratualmente previsto para o término do seu pagamento pelo Poder Concedente (junho de 2019), bem como a respeito (iv) de alternativas possíveis à utilização da CAT – em especial, a utilização de recursos da Conta Garantia vinculada ao Contrato – para que o Poder Concedente compense a Concessionária por sua parcela na perda de receita tarifária gerada pela ocorrência de demanda de tráfego entre 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento) do tráfego estimado.



Optamos por estruturar esta Opinião Legal da seguinte maneira: na seção 2 descrevemos a alocação contratual do risco de demanda; na seção 3 realizamos uma análise, à luz do Contrato e da legislação aplicável, a respeito das questões indagadas, e na seção 4 apresentamos conclusões objetivas.

Passemos, então, à análise.

2. A ALOCAÇÃO CONTRATUAL DO RISCO DE DEMANDA

Denomina-se matriz de riscos de um contrato de concessão ou de PPP a alocação de riscos, legais e contratuais, incidente sobre uma concessão ou PPP. Como a distribuição de riscos legal é estática, ganha importância o detalhamento no âmbito contratual dos riscos assumidos por cada uma das partes. A confecção adequada da matriz de riscos é fundamental, pois a fixação prévia de riscos torna mais claras as responsabilidades e encargos assumidos pelas partes na relação contratual. Assim, a alocação contratual de riscos diminui a assimetria de informações, aumenta a segurança jurídica e permite, com isso, que o contrato seja mais eficiente para atingir suas finalidades.¹

É recomendável, pela complexidade dos contratos de concessão e PPP, que a matriz de riscos seja sempre expressa, detalhando os riscos que podem ser previstos de acordo com as necessidades específicas daquela concessão. Por isso, é comum que os contratos de concessão e PPP contenham uma ou mais cláusulas tratando especificamente da alocação de riscos.

¹ Cf., sobre o tema, RIBEIRO, *Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 78-79.

WWW.PORTUGALRIBEIRO.COM.BR

Endereço: Rua da Liberdade, 100 - 13090-000
Bairro: Fátima - SP
Cidade: São Paulo - SP




PORTUGAL RIBEIRO
Advogados

No caso, o Contrato dedicou especial atenção ao risco de demanda de tráfego na rodovia, dispondo sobre sua alocação e seu compartilhamento na CLÁUSULA 28 - RISCO DO VOLUME DE TRÁFEGO NA RODOVIA. O parâmetro utilizado para avaliar a variação do tráfego na rodovia é, conforme a Cláusula 28.2, o volume projetado indicado no ANEXO X - PROJEÇÃO DE TRÁFEGO, do Edital.

Pode-se descrever a sistemática adotada no Contrato resumidamente do seguinte modo: as variações de demanda de até 10% (dez por cento) do tráfego projetado, para mais e para menos, são de risco da Concessionária. Não por outro motivo que a Cláusula 28.2.1. diz que as receitas auferidas pela Concessionária no caso de tráfego na faixa de 100% (cem por cento) até 110% (cento e dez por cento) reverterão integralmente para ela e que não ensejarão a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Do mesmo modo, a Cláusula 28.2.4. afirma que as perdas de receita decorrentes da variação de tráfego dentro da faixa de 90% (noventa por cento) e 100% (cem por cento) serão de responsabilidade exclusiva da Concessionária, e igualmente não ensejarão a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

Já a faixa de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento), para mais ou para menos, comporta riscos compartilhados entre Concessionária e Poder Concedente na razão de 50% (cinquenta por cento) para cada parte. O modo como ocorre a operacionalização do compartilhamento de riscos envolve um mecanismo de compensação automática, com a utilização da CAT. Importa destacar as cláusulas contratuais pertinentes à alocação do risco em si, explicitando como os ganhos e perdas são compartilhados igualmente entre as partes na ocorrência de fluxo de tráfego nesta faixa:

28.2.2. Ocorrendo variações de tráfego, a maior, verificadas na faixa acima de 110% (cento e dez por cento) e até 130% (cento e trinta por cento), inclusive, 50%



(cinquenta por cento) das correspondentes RECEITAS DE PEDÁGIO serão aplicados no FUNDO SÓCIO-AMBIENTAL, como contribuição complementar, e os outros 50% (cinquenta por cento) serão compartilhados entre a CONCESSIONÁRIA e o CONCEDENTE, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das PARTES.

(...)

28.2.5. Ocorrendo variações de tráfego a menor, verificadas entre 90% (noventa por cento) e 70% (setenta por cento), as correspondentes perdas de RECEITAS DE PEDÁGIO serão compartilhadas entre a CONCESSIONÁRIA e o CONCEDENTE, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das PARTES, e não ensejarão a revisão do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.

Também em relação à faixa de variações superiores a 30%, para mais, há um compartilhamento dos ganhos de receita, conforme a Cláusula 28.2.3:

28.2.3. Ocorrendo variações de tráfego a maior, verificadas acima de 130% (cento e trinta por cento), 10% (dez por cento) das correspondentes RECEITAS DE PEDÁGIO serão aplicados no FUNDO SÓCIO-AMBIENTAL, como contribuição complementar, e os outros 90% (noventa por cento) serão compartilhados entre a CONCESSIONÁRIA e o CONCEDENTE, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das PARTES, aplicando-se o disposto nos subitens 28.2.2.1. e 28.2.2.2. acima.

Por fim, para as variações de tráfego superiores a 30% (trinta por cento), para menos, do tráfego projetado (ou seja, tráfego real abaixo de 70% do tráfego projetado), o Contrato aloca o risco ao Poder Concedente, conforme a Cláusula 28.2.6:

28.2.6. Ocorrendo variações de tráfego a menor, verificadas abaixo de 70% (setenta por cento), as correspondentes perdas de RECEITAS DE PEDÁGIO serão de

WWW.PORTUGALRIBEIRO.COM.BR

Portugal Ribeiro & Associados, Advogados
Rua da Restauração, 100 - 1.º andar
1100-040 Lisboa



responsabilidade do CONCEDENTE, mediante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO, conforme previsto na Cláusula 27 deste CONTRATO.

Vale destacar que o fato de o Contrato ter afirmado que o Poder Concedente será responsável pelo risco relativo à ocorrência de demanda inferior a 70% (setenta por cento) do tráfego projetado, enquanto, por outro lado, ter compartilhado com a Concessionária o risco relativo à ocorrência de demanda superior a 130% não significa qualquer problema ou incorreção nas premissas econômico-financeiras utilizadas ou qualquer tipo de falha na modelagem do Contrato.

Trata-se apenas de uma opção do Poder Concedente realizada quando da elaboração da modelagem da PPP, que, avaliando os riscos de variação de demanda, procurou conferir atratividade ao projeto da PPP ao setor privado – tanto por meio da assunção dos riscos pela variação relevante de demanda a menor do que a projetada, quanto por meio do compartilhamento dos ganhos auferidos com a ocorrência de variação relevante de demanda superior à projetada.

É possível, inclusive, afirmar que a opção do Poder Concedente por tal modelagem foi, para os propósitos que se prestava, bastante acertada. Isso porque, como indicado na seção 1, de 2010 a 2014 a demanda efetiva foi superior à demanda projetada, tendo havido constantemente o compartilhamento de tais ganhos com o Poder Concedente tanto pela aplicação de valores no “Fundo Sócio-Ambiental” quanto por meio do abatimento automático de valores na CAT. Por outro lado, a partir de 2015 a tendência se inverteu e a demanda passou a ser invariavelmente inferior à projetada, ensejando a necessidade de assunção, pelo Poder Concedente, da sua parcela dos riscos assumidos de modo compartilhado com a Concessionária.



Assim, ao considerar todo o histórico da PPP, desde 2010 até o momento presente, é possível ver que a modelagem eleita pelo Poder Concedente para o Contrato foi bastante coerente, capaz de captar as variações de demanda que findaram por de fato ocorrer e garantir a continuidade da PPP sem maiores percalços. O mecanismo de compartilhamento do risco de demanda estabelecido no Contrato funcionou de forma efetiva e adequada entre 2010 e 2014 para evitar que a Concessionária fosse a única beneficiada pelos ganhos decorrentes da verificação de uma demanda de tráfego real superior à estimada. Por esta razão, é necessário assegurar sua efetividade também no momento de verificação de demanda de tráfego real inferior à projetada, a fim de que a Concessionária não seja a única a suportar os prejuízos gerados pela queda da demanda. Somente assim restará preservada a equação econômico-financeira do Contrato.

3. A UTILIZAÇÃO DA CAT

Nesta seção adentraremos propriamente os aspectos específicos do Contrato que são necessários para responder às indagações realizadas pela Concessionária.

Analisamos a possibilidade de uso da variação do valor da CAT (3.1) como mecanismo de compensação automática à Concessionária pelo Poder Concedente, de modo que este assuma a sua parcela de responsabilidade na partilha do risco de demanda de tráfego real inferior à estimada, na faixa de 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento), (3.2) como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, pela ocorrência de evento de desequilíbrio, inclusive – mas não apenas – a não assunção, pelo Poder Concedente, da sua parcela de responsabilidade na partilha do risco de demanda de tráfego real inferior à estimada, na faixa de 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento) e a redução da demanda de tráfego



real abaixo de 70% (setenta por cento) da estimada. Em seguida, (3.3) tratamos da limitação temporal de uso da variação da CAT (cujo pagamento pelo Poder Concedente está originalmente previsto apenas até junho de 2019) como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Por fim, (3.4) avaliamos a possibilidade de se utilizar o acionamento da garantia do cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Concedente no Contrato como alternativa à utilização da variação do valor da CAT como mecanismo de compensação automática à Concessionária pelo Poder Concedente, de modo que este assuma a sua parcela de responsabilidade na partilha do risco de demanda de tráfego real inferior à estimada, na faixa de 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento).

3.1. A possibilidade de utilização da CAT como forma de compensação automática

A leitura das cláusulas relativas à variação na faixa de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) da demanda aponta para a existência de uma lacuna no Contrato. Por um lado, para as variações a maior, o Contrato estabelece a forma com que a partilha dos riscos é instrumentalizada – ou seja, como o Poder Concedente se beneficia dos ganhos de receita provocados pelo aumento de demanda de tráfego. Confira-se:

28.2.2.1. A parte das receitas excedentes que couber ao CONCEDENTE, em razão da variação de tráfego a maior, será compensada mediante a redução proporcional no valor da CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA a ser paga à CONCESSIONÁRIA, quando for o caso,

28.2.2.2. Quando à parte das receitas excedentes que couber ao CONCEDENTE, em razão da variação de tráfego a maior, for maior que a CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA prevista, o valor excedente à CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA será revertido ao CONCEDENTE.



Por outro, como visto na cláusula 28.2.5, para as variações a menor, não há menção no Contrato quanto à forma como o compartilhamento de riscos será instrumentalizado. E essa lacuna não pode dar ensejo a interpretações que findem por atribuir integralmente o risco de demanda, nesta faixa, à Concessionária.

Uma interpretação desse tipo – incorreta, frise-se – poderia decorrer de uma leitura apressada da parte final da Cláusula 28.2.5, em particular quanto à menção que as perdas de receita “*não ensejarão a revisão do equilíbrio econômico-financeiro*” do Contrato.

Conforme esclarecemos na seção 2.1, para se falar em desequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão, é necessário que um evento decorrente da materialização de um risco alocado a uma das partes afete a outra parte. Por óbvio, se o risco é partilhado igualmente entre Concessionária e Poder Concedente, cada parte irá arcar integralmente com a sua parcela das perdas de receita: assim, tanto Poder Concedente quanto a Concessionária assumiram o risco relativo a 50% (cinquenta por cento) das perdas de receita na faixa de demanda de tráfego entre 90% (noventa por cento) e 70% (setenta por cento) do estimado, mas não à sua totalidade.

Aqui, quando a Cláusula 28.2.5 estabelece que as perdas de receita não ensejarão o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, ela está deixando claro que a Concessionária não poderá pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelas perdas sofridas no âmbito e limite do risco que ela, Concessionária, assumiu. Ou seja: metade das perdas de receita tarifária por decorrência da variação da demanda real de tráfego na faixa de 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento) da demanda de tráfego estimada. Contudo, é preciso que o Poder Concedente arque com a sua parcela, correspondente à outra metade das perdas de receitas, também no âmbito e no limite da partilha de riscos promovida pelo Contrato.



Entretanto, o Contrato não explicita o mecanismo de efetivação da partilha de riscos para esta faixa de variação de demanda a menor. Não se diz como o Poder Concedente irá assumir a sua parcela das perdas de receita, compensando a Concessionária em 50% (cinquenta por cento) das perdas totais nesta faixa.

Mas esta é uma lacuna facilmente preenchível. É preciso apenas seguir as disposições do Contrato, em sua Cláusula 3, a respeito de sua própria interpretação:

3.1. Na interpretação, integração ou aplicação de qualquer disposição deste CONTRATO, deverão ser consideradas em primeiro lugar as cláusulas contratuais, em seguida, as disposições dos anexos que nele se consideram integrados, conforme indicado na Cláusula 2, que tenham maior relevância na matéria em questão, e, em seguida, as disposições do EDITAL. (grifou-se)

Desta forma, basta olhar para o modo como o próprio Contrato lida com a partilha de riscos para esta mesma faixa de variação de demanda, mas a maior. A forma escolhida para a efetivação da partilha de riscos é um mecanismo de compensação automática com a utilização da CAT:

28.2.2.1. A parte das receitas excedentes que couber ao CONCEDENTE, em razão da variação de tráfego a maior, será compensada mediante a redução proporcional no valor da CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA a ser paga à CONCESSIONÁRIA, quando for o caso.

28.2.2.2. Quando a parte das receitas excedentes que couber ao CONCEDENTE, em razão da variação de tráfego a maior, for maior que a CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA prevista, o valor excedente à CONTRAPRESTAÇÃO ADICIONAL À TARIFA será revertido ao CONCEDENTE



Ou seja, a própria Cláusula 28.2.2.1 já estabelece que se deverá abater do valor da CAT a quantia relativa ao compartilhamento dos ganhos de receita em decorrência do aumento de demanda. Note-se que não se trata de mecanismo de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato em virtude de suposto desequilíbrio a ser saneado em favor do Poder Concedente, mas de um sistema de compensações automáticas no próprio procedimento de pagamento da CAT. O desequilíbrio nessa situação hipotética ocorreria caso a Concessionária não efetuasse os abatimentos na CAT quando do envio das faturas ao Poder Concedente – o que, como narrado na seção 1, jamais ocorreu – porque aí a partilha dos riscos não estaria sendo respeitada, com a assunção pela Concessionária de todos os ganhos pela ocorrência do evento benéfico (demanda real entre 10% e 30% maior do que a demanda estimada) associado ao risco de demanda de tráfego.

Do mesmo modo, com a ocorrência de demanda de tráfego real entre 10% e 30% menor do que a demanda de tráfego estimada, a partilha de riscos deve ser igualmente respeitada, e não pode o Poder Concedente procurar imputar todas as perdas de receita à Concessionária. É por isso que é necessária uma solução hermenêutica a ser construída para preencher a lacuna contratual que permita balizar o procedimento pelo qual o Poder Concedente irá assumir sua parcela das perdas de receita nesses casos.

Assim, uma adequada interpretação sistemática, que deve ser privilegiada no caso em razão das regras de interpretação previstas no próprio Contrato, oferece a solução mais correta em termos de justiça e hermenêutica contratual: do mesmo modo como a redução nos valores de pagamento da CAT é usada para compensar a materialização dos riscos positivos de demanda, a Concessionária deve poder incluir, no valor das faturas a serem emitidas ao Poder Concedente para pagamento da CAT, o montante relativo aos 50% (cinquenta por cento) de responsabilidade do Poder Concedente na partilha de riscos de demanda.



Veja-se, por fim, que o procedimento desta compensação automática pela variação da demanda a menor entre 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento) em muito se diferencia do procedimento de revisão e recomposição do equilíbrio económico-financeiro descrito na seção 3.2, conforme a Cláusula 27 do Contrato. Não há necessidade, por exemplo, de apresentação de novo Plano de Negócios, conforme exigido pela Cláusula 27.11 por não se tratar de um procedimento de revisão do equilíbrio económico-financeiro, mas mera compensação automática como método de efetivação da partilha de riscos.

Aqui aplica-se, primeiramente, o procedimento de cálculo da CAT, conforme narrado na seção 3.1, para depois ocorrer a soma dos valores de responsabilidade do Poder Concedente pela partilha de riscos, obtidos pela diferença entre a receita tarifária estimada e a efetivamente obtida na faixa acima descrita, dividida pela metade. Trata-se de cálculo simples, feito pela própria Concessionária, que irá então somar os valores ao valor da CAT originalmente obtido.

Contudo, caso não ocorra esta compensação automática pelo Poder Concedente à Concessionária como forma de efetivar a partilha contratual de risco, o Poder Concedente estará, ao fim e ao cabo, a descumprir o Contrato, o que corresponde a um evento de desequilíbrio.

Deste modo, segundo o relatado, até o presente momento não houve compensação à Concessionária que efetivasse a responsabilidade do Poder Concedente pela sua parcela das perdas de receita decorrente da ocorrência de demanda a menor, na faixa estabelecida pela Cláusula 28.2.5. Assim, é a eventual recusa do Poder Concedente à compensação automática da Concessionária (a ser efetuada por meio de acréscimo ao valor da CAT ou por outro instrumento apto para tanto) da parcela de 50% (cinquenta por cento) das perdas de receitas de pedágio de responsabilidade do Poder Concedente que constituirá o evento de



desequilíbrio contratual prejudicial à Concessionária e, consequentemente, fará surgir o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro.

3.2. A possibilidade de utilização da CAT como mecanismo de reequilíbrio

Conforme já explicado no final da seção 3.1 acima, também constitui um evento de desequilíbrio a recusa do Poder Concedente em assumir a sua parcela de 50% (cinquenta por cento) das perdas de receita tarifária geradas para a Concessionária no caso da ocorrência de tráfego real entre 90% (noventa por cento) e 70% (setenta por cento) do tráfego estimado. Em outras palavras: a recusa do Poder Concedente em compensar automaticamente a Concessionária neste caso faz com que surja para ela o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

Ocorre que, conforme narrado na seção 1, também se verificou na Concessão variação de demanda a níveis inferiores a 70% (setenta por cento) do tráfego estimado, que ensejam, nos termos da Cláusula 28.2.6, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, de acordo com o procedimento descrito na Cláusula 27.

A questão aqui não é, como foi debatido na seção 3.1, a respeito da natureza e do cabimento da compensação a ser realizada à Concessionária. Aqui não há dúvidas de que se está diante de um evento de desequilíbrio pela simples ocorrência de perdas tarifárias decorrentes de demanda em níveis inferiores a 70% (setenta por cento) do estimado. Também não há dúvidas de que o Poder Concedente assumiu esse risco e deve recolocar a Concessionária na situação em que se encontrava anteriormente a fim de dar efetividade ao seu direito à intangibilidade da equação econômico-financeira do Contrato.

A questão a ser enfrentada agora diz respeito às formas como, uma vez caracterizado o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro do



Contrato, esse reequilíbrio pode ser efetivado. Mais especificamente, analisa-se a possibilidade de utilização da variação do valor da CAT como forma de reequilíbrio.

A rigor, tal questão tem relevância diante do fato de que a variação do valor da CAT não se encontra expressamente prevista como uma das formas de reequilíbrio listadas na Cláusula 27.6 do Contrato. Tal Cláusula dispõe sobre as alternativas de formas de reequilíbrio que a ARPE pode determinar que sejam adotadas pelas partes, se elas não chegarem a um acordo a respeito da forma a ser utilizada em cada caso (Cláusula 27.5 do Contrato).

Trata-se de pergunta de simples resposta. Isso porque, inexistindo disposição contratual expressa em contrário, é sempre possível que as partes convençionem qualquer forma admitida em direito para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Ou seja, desde que haja acordo entre as partes – por se tratar de cláusula econômica do Contrato, conforme o artigo 58, §1º da Lei 8.666/93 – a variação do valor da CAT pode, sim, ser utilizada como forma de reequilíbrio, seja para o evento de desequilíbrio pela materialização do risco de demanda na faixa abaixo de 70% (setenta por cento) da demanda estimada, seja pela não compensação pelo Poder Concedente das parcelas relativas ao risco por ele assumidos para a faixa de demanda de 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento), seja por quaisquer outros eventos de desequilíbrio.

3.3. A possibilidade de utilização da CAT após 2019

Nesta seção, cabe avaliar a possibilidade de utilização da variação do valor da CAT – seja como mecanismo de compensação automática, tal qual analisado na seção 3.1, seja como forma de reequilíbrio econômico-financeiro, como avaliado na seção 3.2 – para além de 2019.



Isso porque, em tese, o pagamento da CAT pelo Poder Concedente se encerraria em 2019, como previsto no Plano de Negócios constante da proposta econômica da Concessionária quando da licitação do Edital e como alterado pelo 1º Termo Aditivo ao Contrato.

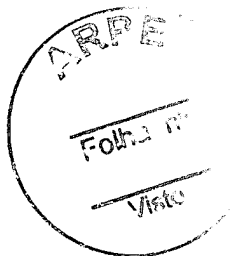
Em verdade, não há restrições contratuais ou no Edital que proíbam a extensão do pagamento da CAT como forma de reequilibrar econômica e financeiramente o Contrato. No item 14.2 do Edital,² inclusive, resta claro que na modelagem da Concessão Patrocinada, se assumiu a possibilidade de que a CAT fosse devida à futura concessionária ao longo de todo o prazo do Contrato.

A dúvida surge, porém, diante do fato de que o critério de julgamento das propostas na licitação foi o menor Valor Presente Líquido do fluxo de Contraprestação Básica Adicional à Tarifa ("CBAT"), indicado nas propostas econômicas dos licitantes. De modo que o pagamento da CAT está limitado ao valor anual da CBAT de acordo com a proposta econômica da Concessionária na licitação.³

Isso poderia suscitar a discussão de que uma alteração na estrutura do pagamento da CAT – como, por exemplo, sua utilização para além de 2019 – seria uma frustração ao procedimento licitatório, uma alteração de condição do contrato posterior à licitação.

² 14.2 O LICITANTE HABILITADO deverá informar em sua PROPOSTA ECONÔMICA o fluxo da CONTRAPRESTAÇÃO BÁSICA ADICIONAL À TARIFA ao longo do prazo da CONCESSÃO PATROCINADA.

³ 36.2.1.A parcela objeto da garantia tratada neste item 36.2 estará limitada à quantia correspondente ao valor máximo da CBAT anual a ser paga pelo CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, conforme previsto na PROPOSTA ECONÔMICA da CONCESSIONÁRIA.



Esta interpretação não pode de modo algum prosperar. A uma, porque o pagamento da CAT se encerraria em 2019 caso a curva de demanda – e demais premissas do Plano de Negócios que refletem riscos assumidos integralmente pelo Poder Concedente ou por ele compartilhados com a Concessionária – tivesse sido confirmada. Dado que a curva de demanda também prevista no Edital não foi confirmada, o pagamento da CAT poderia ser estendido como forma de se recompor a equação econômico-financeira inicial do Contrato.

Do mesmo modo, como o valor da CAT pode ser alterado – seja como forma de reequilíbrio, seja como mecanismo de compensação automática – também o prazo de pagamento, o período de tempo em que a CAT pode ser usada, é uma variável lícita a ser utilizada pelas partes para preservar ou recompor a equação econômico-financeira contratual.

Especialmente no que diz respeito à utilização da CAT como mecanismo de reequilíbrio, caso fosse entendido que somente o valor, mas não o prazo da CAT pudesse ser alterado, se chegaria à conclusão de que no novo fluxo da Concessão bastaria à Concessionária concentrar os valores devidos pelo Poder Concedente – a título de compensação automática ou reequilíbrio – até 2019. Isso teria como efeito a cobrança de valores muito mais elevados em um momento de crise fiscal, o que poderia ser prejudicial ao erário e ao interesse imediato do Poder Concedente.

Em conclusão, para que fique claro: é possível tanto estender o fluxo de pagamento da CAT para além de 2019 no âmbito de um processo de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, prevendo uma nova dinâmica de pagamentos mensais, de modo que a tarifa não seja onerada em tal reequilíbrio, quanto estender a possibilidade de utilização de pagamentos públicos, por meio da CAT, nos casos de eventual variação de demanda entre 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento) do estimado.



Neste último caso, não seria necessário prever um novo fluxo de pagamentos mensais da CAT em si, cujo valor seria reduzido a zero após o final do fluxo atualmente previsto. Bastaria apenas convencionar que, ocorrendo a variação a menor da demanda na respectiva faixa após 2019, a parcela do risco atribuído ao Poder Concedente será por ele assumida por meio de pagamento dos valores calculados pela Concessionária e cobrados do Poder Concedente seguindo o mesmo mecanismo descrito na seção 3.1.

3.4. Utilização de recursos da Conta Garantia para compensar a Concessionária

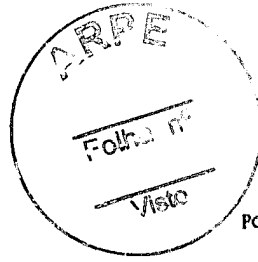
Caso Concessionária e Poder Concedente não cheguem a um acordo quanto à prorrogação da CAT para além de 2019, é necessário cogitar soluções para a sua substituição enquanto mecanismo destinado à compensação automática à Concessionária nos casos de variação de demanda entre 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento) do estimado, como sugerido na seção 3.1.

Talvez a opção mais segura seja o acionamento da garantia, prevista na Cláusula 36.1,⁴ mantida por meio de Conta-Garantia, estabelecida em contrato celebrado entre Poder Concedente, Concessionária e um agente fiduciário.⁵

Tal Conta-Garantia foi abastecida inicialmente com recursos do Erário de Pernambuco, advindos da parcela a ele devida referente à CIDE combustíveis,

⁴ 36.1. A garantia do cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo CONCEDENTE neste CONTRATO será prestada por meio da utilização da CONTA-GARANTIA.

⁵ 36.3. Para a implementação da garantia prevista nesta Cláusula, através da utilização da CONTA-GARANTIA, o CONCEDENTE, o AGENTE FIDUCIÁRIO e a CONCESSIONÁRIA celebrarão, concomitantemente com a assinatura deste CONTRATO, contrato de CONTA-GARANTIA, cujo modelo constitui o ANEXO XII, deste CONTRATO.



contribuição com destinação específica – entre outras, o financiamento de programas de infraestrutura de transportes, segundo o artigo 1º, §1º, III da Lei federal nº 10.336/2001⁶ –, a ser mantida junto a agente fiduciário, segundo a Cláusula 36.2 do Contrato:

36.2. Os recursos a serem dados em garantia pelo CONCEDENTE, através de depósito na CONTA-GARANTIA, corresponderão a 20% (vinte por cento) do total da parcela do Estado de Pernambuco na arrecadação, pela União Federal, da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível ("CIDE").

36.2.1. A parcela objeto da garantia tratada neste item 36.2 estará limitada à quantia correspondente ao valor máximo da CBAT anual a ser paga pelo CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, conforme previsto na PROPOSTA ECONÔMICA da CONCESSIONÁRIA.

36.2.2. Para os fins do item 36.2 e seguintes, o CONCEDENTE abrirá no prazo de até 90 dias, a partir da data de assinatura do presente instrumento Contratual, e manterá aberta durante o prazo da CONCESSÃO PATROCINADA, a CONTA-GARANTIA, junto ao AGENTE FIDUCIÁRIO, a qual será aberta especialmente para esta finalidade, e na qual serão depositados os recursos relativos à parcela da CIDE que cabe ao Estado de Pernambuco, necessária para atingir a quantia mencionada no sub-item 36.2 acima, observada a limitação prevista no item 36.2.

6 Art. 1º Fica instituída a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível (Cide), a que se refere os arts. 149 e 177 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional no 33, de 11 de dezembro de 2001.

§ 1º O produto da arrecadação da Cide será destinada, na forma da lei orçamentária, ao:

I - pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo;

II - financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e

III - financiamento de programas de infra-estrutura de transportes. (grifou-se).



O Contrato ainda determinou que o Poder Concedente autorize de forma irretratável e irrevogável o agente fiduciário a movimentar a Conta-Garantia, de acordo com sua Cláusula 32.2.5:

36.2.5. O AGENTE FIDUCIÁRIO será autorizado pelo CONCEDENTE, de forma irrevogável e irretratável, nos termos de contrato de CONTA-GARANTIA, cujo modelo constitui o ANEXO XII, deste CONTRATO, e estará obrigado, perante a CONCESSIONÁRIA, ou a INSTITUIÇÃO FINANCIADORA, caso a CONCESSIONÁRIA tenha se utilizado da faculdade prevista no item 18.2.1 deste CONTRATO, a movimentar os recursos depositados na CONTA-GARANTIA exclusivamente nas hipóteses previstas no contrato de CONTA-GARANTIA.

Nesse sentido, o Poder Concedente e a Concessionária celebraram com instituição financeira definida como agente fiduciário ("Agente Fiduciário") Instrumento Particular de Constituição de Garantia e Outras Avenças ("Contrato de Garantia") em 27 de julho de 2007. Por este instrumento contratual foi instituído mecanismo de transferência automática de recursos, para a Conta-Garantia, advindos da conta corrente de titularidade do Poder Concedente junto ao Agente Fiduciário na qual são depositados, trimestralmente, as parcelas da CIDE destinadas ao Poder Concedente ("Conta-Vinculada"), conforme sua Cláusula 1ª e Cláusula 5ª.⁷

CLÁUSULA 1ª - DA GARANTIA

1. Pelo presente Contrato, o CGPE se obriga a destinar o montante de até 20% (vinte por cento) da quantia recebida trimestralmente pelo Estado de Pernambuco

⁷ Conta Corrente 5500100-6, agência 1001-4 do Agente Fiduciário.



relativamente à CIDE arrecadada pela União Federal para a Conta-Garantia, até que o total dos recursos nela depositados atinjam o valor máximo da contra prestação básica adicional à tarifa considerada no período de um ano, conforme previsto na Cláusula 36 do Contrato PPP ("Recursos Garantidores"), objetivando garantir as obrigações pecuniárias assumidas pelo CGPE no âmbito do Projeto Praia do Paiva.

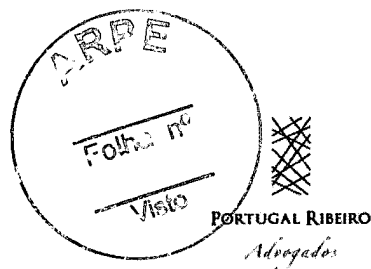
2. Os Recursos Garantidores deverão ser automaticamente transferidos da Conta-Vinculada para a Conta-Garantia pelo Agente Fiduciário, no prazo de 2 dias após o depósito efetuado pela União Federal, independentemente de qualquer instrução por parte do CGPE.

3. A transferência mencionada no Parágrafo acima deverá ser realizada pelo Agente Fiduciário sempre que necessário para que a Conta-Garantia tenha saldo equivalente ao montante dos Recursos Garantidores. (grifou-se)

CLÁUSULA 5ª - DA COMPLEMENTAÇÃO DA GARANTIA

1. Seja qual for a causa, sempre que o valor depositado na Conta-Garantia se tomar inferior ao montante dos Recursos Garantidores, o Agente Fiduciário deverá providenciar a complementação dos Recursos Garantidores através da realização de novas transferências dos valores depositados pela União Federal na Conta-Vinculada, para a Conta-Garantia, observado o limite especificado no Parágrafo (1) da Cláusula 1a deste Contrato ("Complementação da Garantia").

4. Sem prejuízo do disposto no Parágrafo anterior, será considerada como necessária a Complementação da Garantia sempre que, em razão da ocorrência de um Evento de Inadimplemento, a Garantia seja executada na forma prevista na Cláusula 4a deste Contrato. (grifou-se)



Quanto ao seu escopo, o Contrato de Garantia deixou claro que a garantia diz respeito a todas as obrigações pecuniárias do Poder Concedente, incluindo – mas não somente – o pagamento da CAT, conforme o item 4 da Cláusula 1ª:

4. A garantia ora estabelecida compreende quaisquer obrigações pecuniárias assumidas pelo Estado de Pernambuco, representado pelo CGPE, relativamente ao Projeto Praia do Paiva, incluindo a contraprestação adicional à tarifa devida à Concessionária, conforme prevista na Cláusula 36 do Contrato PPP, quaisquer acessórios à referida obrigação principal, eventuais indenizações previstas no Contrato PPP e quaisquer despesas judiciais e com advogados em que a Concessionária venha a incorrer para a cobrança dos valores devidos e ora garantidos ("Obrigações Garantidas"). (grifou-se)

Quanto ao prazo, a Cláusula 10ª do Contrato de Garantia estabelece que a Conta-Garantia vigorará "até que todas as Obrigações Garantidas tenham sido extintas".⁸ No mesmo sentido, note-se que em diversas passagens o Contrato determina que a garantia seja mantida durante todo o prazo de vigência contratual, não estando atrelada ao prazo do pagamento da CAT em si. Isso reforça o argumento de que a garantia pode ser utilizada para toda e qualquer obrigação pecuniária do Poder Concedente, não somente o pagamento dos valores da CAT.

36.1.2. A garantia vigorará durante o prazo da CONCESSÃO PATROCINADA. (...)

36.2.7. O CONCEDENTE assegurará, durante a vigência da CONCESSÃO PATROCINADA, a existência de recursos na CONTA-GARANTIA, até pelo menos o valor limite definido no item 36.2.1.

⁸ CLÁUSULA 10a - DO PRAZO DE VIGÊNCIA 1. O presente Contrato permanecerá vigente até que todas as Obrigações Garantidas tenham sido extintas.



De todo o exposto, fica claro que a garantia estabelecida na Cláusula 36 do Contrato e no Contrato de Garantia inclui em seu escopo a obrigação do Poder Concedente de assumir sua parcela no compartilhamento de perdas de receita tarifária, caso se verifique variação de demanda entre 90% (noventa por cento) a 70% (setenta por cento) do estimado. Isso porque tal obrigação se caracteriza como obrigação pecuniária do Poder Concedente, advinda da ocorrência de um risco a ele parcialmente atribuído pelo Contrato, em conjunto com a Concessionária. Trata-se de obrigações pecuniárias das partes, ainda que condicionadas à ocorrência do evento que materializa o risco compartilhado entre Poder Concedente e Concessionária.

Também não se vislumbra qualquer óbice à utilização dos saldos anuais da Conta-Garantia como mecanismo de compartilhamento. Como o fluxo de pagamentos da CAT foi projetado de forma decrescente – ou seja, a cada ano o valor total da CBAT é inferior ao ano imediatamente anterior – há, ao final de cada ano, um saldo tendo como referencial o montante a ser assegurado no ano subsequente, que, como visto, representa o limite mínimo a ser mantido na Conta-Garantia.

Segundo relata a Concessionária, o Poder Concedente tem resgatado anualmente tais valores excedentes, incorporando-os ao Erário. A princípio não há nada de juridicamente inadequado nesta prática, posto que os limites impostos pelo Contrato e pelo Contrato de Garantia relativos aos valores mínimos que devem ser mantidos na Conta-Garantia permaneceriam, ao que consta, respeitados.

Como exposto, o Contrato de Garantia é claro ao determinar que qualquer obrigação pecuniária do Poder Concedente está coberta pela garantia. Assim, não há qualquer óbice para uso tanto dos valores da garantia em si, que demandariam



a sua recomposição retirando recursos da Conta-Vinculada, ou do saldo anual da Conta-Garantia, que não exigiria recomposição por parte do Agente Fiduciário.

Cabe brevemente analisar, contudo, como poderia ocorrer a execução de tais valores (tanto da garantia em si quanto do saldo anual da Conta-Garantia) pela Concessionária, e avaliar a necessidade de alteração dos instrumentos contratuais vigentes. Algumas são as hipóteses, tendo em vista o disposto no Contrato e no Contrato de Garantia.

A primeira diz respeito ao cenário em que, tendo ocorrido a variação de demanda na faixa em questão, a Concessionária notifica o Poder Concedente de tal fato e de sua responsabilidade na partilha das perdas de receita, mas este expressamente nega o requerimento de compensação à Concessionária, ficando caracterizado o inadimplemento do Poder Concedente, o que permite a aplicação da Cláusula 4ª, item 1 do Contrato de Garantia:

CLÁUSULA 4ª - DA EXECUÇÃO DA GARANTIA

1. Na hipótese de inadimplemento por parte do CGPE, nos termos do Contrato PPP, de quaisquer das Obrigações Garantidas ("Evento de Inadimplemento"), o Agente Fiduciário será notificado pela Concessionária para que transfira para a conta corrente da mesma, conforme abaixo identificada, a quantia suficiente para cobrir o referido Evento de Inadimplemento.

Da leitura do item acima percebe-se que, pelos termos atuais do Contrato de Garantia, somente no caso de um evento de inadimplemento seria possível o acionamento automático da garantia pela Concessionária, estando o Agente Fiduciário autorizado a efetuar o pagamento.



Imagine-se, porém, no segundo cenário possível, que o Poder Concedente não apresente uma negativa expressa quanto à compensação da Concessionária, mas permaneça inerte. Como não há prazo contratual expresso para a resposta – positiva ou negativa – do Poder Concedente à Concessionária neste caso, é necessário recorrer a uma interpretação sistemática do Contrato, fazendo uso de analogia ao prazo estabelecido pelo Contrato para pagamento das faturas relativas à CAT, de 15 (quinze) dias, previsto na Cláusula 33.5.2.⁹

Ainda que se entenda, em interpretação mais conservadora, que não é aplicável a analogia ao prazo de pagamento da CAT, previsto na Cláusula 33.2.5 do Contrato, para a compensação pelo Poder Concedente à Concessionária, há que se observar que a lei estadual de processo administrativo de Pernambuco, a Lei estadual nº 11.781/2000, em seu artigo 24, estabelece prazo de 5 (cinco) dias para a manifestação da Administração Pública pernambucana quando não houver disciplina específica de prazo para os seus atos, ressalvando, no parágrafo único do mesmo dispositivo, que esse prazo pode ser dilatado para 30 (trinta) dias, desde que mediante justificativa fundamentada. Confira-se:

Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.

Parágrafo único. O prazo previsto, neste artigo, pode ser dilatado, mediante justificativa fundamentada da autoridade competente, em até trinta dias.

De todo modo, no cenário em que o Poder Concedente se mantenha inerte e não se manifeste formal e expressamente quanto ao requerimento de

⁹ 33.5.2. O pagamento das faturas será feito pelo CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, dentro de 15 (quinze) dias contados de seu recebimento, acompanhada da documentação referida no item precedente.



compensação apresentado pela Concessionária, será necessário, para que a Concessionária possa caracterizar o inadimplemento do Poder Concedente e assim acionar a garantia contratual, que ela recorra ao Poder Judiciário ou à arbitragem.¹⁰

Por fim, cabe avaliar a viabilidade jurídica de um terceiro cenário, no qual tanto Poder Concedente quanto a Concessionária estão de acordo com o pagamento de uma compensação à Concessionária pela parcela de responsabilidade do Poder Concedente e pretendem, para tanto, utilizar recursos que se encontram depositados na Conta Garantia ou o saldo anual da Conta-Garantia. Em ambas as hipóteses que compõem esse terceiro cenário, o Contrato e o Contrato de Garantia não atribuem à Concessionária o direito de acionar a conta garantia para obter tais recursos e nem autorizam o Agente Fiduciário a utilizar tais recursos para o pagamento da Concessionária.

Justamente por isso, caso as partes, consensualmente, desejem utilizar – de forma esporádica ou recorrente – recursos que se encontram depositados na Conta Garantia ou o saldo anual da Conta-Garantia para compensar a Concessionária por 50% (cinquenta por cento) das perdas de receita tarifária geradas pela ocorrência de tráfego real entre 90% (noventa por cento) e 70% (setenta por cento), é preciso que alterem o disposto no Contrato e no Contrato de Garantia ao menos quanto às hipóteses (i) de acionamento da garantia pela Concessionária, e (ii) de liberação e destinação do saldo anual da Conta Garantia e realização de pagamentos à Concessionária pelo Agente Fiduciário.

4. CONCLUSÃO

¹⁰ Com previsão nas Cláusulas 69 e 70 do Contrato.



Em resumo, com base estritamente nas informações que foram disponibilizadas pela Concessionária para a elaboração desta Opinião Legal, é possível concluir que:

- 1) O risco de demanda é atribuído ao Poder Concedente na ocorrência de demanda abaixo de 70% (setenta por cento) da estimada, e compartilhado na faixa de 70% (setenta por cento) a 90% (noventa por cento) da demanda estimada entre Poder Concedente e Concessionária. Neste último caso, o Poder Concedente deve arcar com metade das perdas de receita tarifária da Concessionária nesta faixa, utilizando-se de um mecanismo de compensação automática. Caso não seja efetivado o compartilhamento de perdas, há o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.
- 2) A variação do valor da CAT pode ser utilizada tanto como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro quanto de compensação automática pela assunção de sua parcela das perdas de receita em decorrência de variação de demanda na faixa de 70% (setenta por cento) a 90% (noventa por cento).
- 3) A compensação por parte do Poder Concedente deve preferencialmente ocorrer por meio de acréscimo da parcela de responsabilidade do Poder Concedente relativa ao risco por ele assumido ao valor mensal da CAT, conforme a mesma metodologia aplicável aos casos de demanda de tráfego real entre 110% e 130%, por simetria ao disposto na Cláusula 28.2.2.1.
- 4) Alternativamente, é possível viabilizar a extensão do período de pagamento da CAT para além de 2019.
- 5) Destaca-se também, como possível mecanismo de compensação para o efetivo compartilhamento de riscos de demanda real de tráfego na faixa de 70% (setenta por cento) a 90% (noventa por cento) da demanda estimada, a

WWW.PORTUGALRIBEIRO.COM.BR

Portugal Ribeiro Advogados
Rua da Assembleia, 100 - 1º andar
20090-000 - Rio de Janeiro, RJ




PORTUGAL RIBEIRO
Advogados

possibilidade do acionamento pela Concessionária da Conta-Garantia, bem como do saldo anual da Conta-Garantia, que atualmente tem sido revertido ao Erário pernambucano. Considerando a redação atual do Contrato de Garantia, somente restando caracterizado o inadimplemento do Poder Concedente quanto à sua obrigação pecuniária de compensar a Concessionária por metade das perdas tarifárias por ela experimentadas em razão da ocorrência de tráfego real na faixa de 70% (setenta por cento) a 90% (noventa por cento) da demanda de tráfego estimada é que seria possível o acionamento pela Concessionária dos recursos depositados na Conta-Garantia. Para os demais casos, é necessário alterar o Contrato de Garantia, ao menos, para disciplinar o modo de compartilhamento de perdas de receita.

Rio de Janeiro, 2 de fevereiro de 2018

MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO
OAB/RJ nº 177.738