

Brasília, 7 de Novembro de 2016

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submetemos à consideração de Vossa Excelência proposta de Medida Provisória que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação de contratos de parceria atualmente existentes na administração pública federal.
2. A Medida Provisória ora proposta objetiva reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável.
3. Como é de conhecimento geral, a ampliação do investimento em infraestrutura é condição *sine qua non* para a retomada do crescimento econômico no Brasil. Ainda, a promoção da qualidade do serviço prestado aos usuários e a continuidade da prestação do serviço também devem receber atenção do poder público. Assim, a proposição ora apresentada à Vossa Excelência busca, por um lado, disciplinar as hipóteses de prorrogação de contratos de parceria para promover investimentos prementes, não previstos nos contratos de concessão em vigor e, por outro, modernizar tais contratos com a inclusão de novas cláusulas de desempenho, metas objetivas para os parceiros privados e punições mais eficazes em caso do seu descumprimento. Além disso, a medida define procedimentos para a relicitação de contratos de parceria que não estejam sendo devidamente cumpridos ou cujos parceiros demonstrarem ausência de capacidade de cumprir com as obrigações assumidas contratualmente.
4. Os novos investimentos em concessões existentes têm o condão de reaquecer o setor de infraestrutura logística de forma muito rápida, resolvendo entraves logísticos, aprimorando os níveis de serviços prestados e criando novos postos de trabalho. Os projetos a serem cobertos são os que já estão em andamento e com histórico de receitas conhecido, facilitando a obtenção de mais recursos de crédito no mercado para arcar com as novas exigências de ampliação e melhorias. Além disso, espera-se que o fato de essas concessões já terem passado por uma primeira análise bancária quando do seu primeiro ciclo de desenvolvimento traga maior celeridade nas aprovações de novas liberações de financiamentos. Assim, as prorrogações teriam o potencial de ensejar investimentos mais rapidamente do que a realização de novas licitações após o fim do prazo das concessões que estão em vigor atualmente, além de tenderem a possuir um menor custo de capital, o que em última instância beneficia os usuários.
5. É essencial a existência de uma lei específica para dar segurança jurídica para incluir novos investimentos em concessões existentes quando for justificadamente necessário. Hoje o Poder Concedente tem se deparado com alguns questionamentos quanto à possibilidade de alteração contratual das concessões públicas. Órgãos públicos têm questionado o interesse público de renovações contratuais ordinárias ou antecipadas como alternativa a novas licitações; usuários, por

sua vez, apresentam dúvidas quanto aos mecanismos de reequilíbrios possíveis de serem adotados e os agentes públicos e concessionárias estão inseguros quanto à legitimidade ativa na condução desses processos. Entendemos que as soluções desses itens estão adequadamente endereçadas na presente medida.

6. A proposição estabelece que, desde que originalmente admitida a prorrogação nos contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário, o poder público poderá determinar a realização de investimentos não previstos inicialmente nos contratos, estando assegurado o equilíbrio da equação econômico-financeira para as partes. Em adição, a presente Medida Provisória, em seu art. 3º, prevê que os contratos prorrogados deverão ainda ser ajustados às melhores práticas regulatórias, incorporando avanços tecnológicos e dando ainda maior foco à qualidade dos serviços prestados. Desta forma, as agências reguladoras terão melhores condições de exigir e fazer cumprir os níveis de serviço contratualizados, assim como os investimentos obrigatórios previstos, utilizando-se de mecanismos que desestimulem inexecuções ou atrasos das suas obrigações.

7. A prorrogação, desde que já não tenha sido realizada, poderá ocorrer uma única vez - por período igual ou inferior ao prazo originalmente fixado ou admitido no contrato - e estará sujeita ao cumprimento de condicionantes objetivas por parte da concessionária para ser elegível. As prorrogações antecipadas, por sua vez, somente poderão ocorrer nos contratos cujo prazo de vigência, no momento da manifestação da parte interessada, corresponder a mais de 50% e a menos de 90% do originalmente estipulado. Nas concessões rodoviárias, será também exigido que a concessionária tenha executado no mínimo 80% das obras obrigatórias exigíveis até o momento da manifestação. Já no setor de ferrovias, as concessionárias deverão prestar níveis de serviço adequados nos anos anteriores à prorrogação, o que se traduz no cumprimento de metas de produção e de segurança. Em adição, a prorrogação do contrato dependerá de avaliação qualitativa prévia e favorável do órgão ou entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços. Com isso, busca-se incentivar a adequada execução dos contratos e evitar a prorrogação de concessões que não estejam atingindo requisitos mínimos de investimento, qualidade e segurança.

8. As prorrogações no setor ferroviário deverão ser norteadas pela adoção de obrigações de disponibilização de capacidade mínima de transporte para terceiros, de forma a se garantir o acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais, mediante compartilhamento, e por parâmetros de qualidade dos serviços, com os respectivos planos de investimentos, a serem pactuados entre as partes.

9. Além disso, de modo a ensejar transparência e clareza no processo de prorrogação, evitando dúvidas e eventuais comportamentos oportunistas, o termo aditivo de prorrogação deverá conter cronograma para os novos investimentos e incorporar, nos contratos, mecanismos mais claros que desestimulem seu descumprimento. Ademais, previamente às prorrogações, o órgão ou entidade competente deverá apresentar estudo técnico que demonstre a vantagem da medida frente à realização de nova licitação para o empreendimento nas novas condições desejadas, do qual deverão constar também elementos como estimativas dos custos e das despesas operacionais, projeções de demanda, avaliação econômico-financeira, diretrizes ambientais, quando exigíveis, e o valor de outorga a ser pago pela prorrogação, quando for o caso.

10. A esse respeito, o texto inova ao determinar que os estudos elaborados em cada prorrogação sejam submetidos a consulta pública e posteriormente ao Tribunal de Contas da União. Busca-se, com isso, incrementar a governança e a transparência do procedimento de prorrogação das concessões, garantindo-se a preservação do interesse público por meio de análise criteriosa das alternativas adotadas para cada caso.

11. A Medida Provisória, de outro lado, faculta ao Poder Concedente, em comum acordo

com concessionário, adotar o procedimento de relicitação de contratos de parceria vigentes no setor rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujos parceiros demonstrem ausência de capacidade em cumprir com as obrigações assumidas contratualmente. Trata-se de alternativa inovadora de “devolução coordenada e negociada” da concessão, evitando-se o processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo. Nesse caso, deverá ser realizado estudo prévio visando garantir a viabilidade econômica e operacional do novo ajuste. A governança e a transparência foram de novo reforçadas, e a proposta de transferência, junto com os estudos, deve ser submetida a consulta pública e ao TCU. Merece destaque o fato de que eventuais indenizações devidas pelo Poder Concedente ao parceiro privado serão pagas pelo novo contratado, o que evitará o desembolso de recursos por parte da Administração Pública Federal. Também está prevista a possibilidade ao novo contratado, quando as condições de financiamento se mostrarem vantajosas ao Poder Público e viáveis aos financiadores, de assunção das dívidas adquiridas pelo antigo concessionário.

12. Nessa relicitação, o Poder Concedente terá a faculdade de reavaliar as condições originalmente pactuadas no contrato e promover a seleção de outro parceiro apto à execução do objeto. O parceiro originalmente contratado e os acionistas relevantes da empresa responsável pela execução do contrato não poderão participar do novo certame. Até a conclusão da relicitação e a assinatura do novo contrato de parceria, o antigo concessionário deverá assegurar, porém, a continuidade da prestação dos serviços essenciais, sob pena de aplicação de penalidades contratuais.

13. Outra medida relevante prevista nesta Medida Provisória é explicitar a possibilidade de a agência reguladora celebrar compromisso arbitral para resolução de controvérsia, na forma estabelecida pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, caso o concessionário manifeste intenção de litigar quanto a “direitos patrimoniais disponíveis”. A fim de bem disciplinar a matéria, a proposição define quais seriam tais direitos sujeitos a arbitragem: obrigações relativas à recomposição de equilíbrio econômico-financeiro; cálculo de indenizações por força da extinção ou transferência do contrato; e inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes, inclusive quando resultarem na aplicação de sanções pecuniárias pelo Poder Público.

14. Esta proposta visa a incorporar esse avanço regulatório aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, ao instituir um mecanismo mais célere de resolução de controvérsias. A proposição também reforça o poder decisório das agências reguladoras e suas competências de cumprir e fazer cumprir os contratos e de aplicar penalidades pelo seu descumprimento, explicitando que a celebração de compromisso arbitral ficará a seu critério de conveniência e oportunidade e deverá ocorrer apenas após decisão definitiva da autoridade competente.

15. Propõe-se também normativo legal para uniformizar os procedimentos em hipótese de celebração de contratos acessórios cuja vigência ultrapasse o prazo de vigência do contrato de concessão, nos casos em que o prazo remanescente da concessão não for suficiente para garantir viabilidade econômica ao empreendimento. Vale ressaltar que tal procedimento é disciplinado contratualmente como uma exceção, sendo a regra geral a amortização dentro do prazo da concessão.

16. Dessa forma, espera-se que o mecanismo que permite a amortização de empreendimentos geradores de receitas não tarifárias além do prazo da concessão seja particularmente útil conforme os contratos se aproximem de seu termo final, e/ou para investimentos de grande monta, após análise de conveniência e oportunidade pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, nos termos do regulamento. Não obstante, a fim de se evitar o comprometimento de receitas de futuros concessionários ou da própria União, a proposição veda a celebração de contratos em que haja antecipação de receitas relativas ao período que extrapola o prazo do contrato de concessão.

17. Por fim, a proposição em tela estabelece que, na hipótese de concessão à iniciativa privada de aeroportos atribuídos à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, o edital e o respectivo contrato de concessão poderão prever o pagamento de indenização pela concessionária diretamente à Infraero pelos custos diretos e indiretos de encerramento de atividades. Tal medida é relevante para manter a o equilíbrio financeiro da empresa face a redução das receitas em decorrência da concessão dos aeroportos.

18. A Medida Provisória, em suma, confere a segurança jurídica necessária para requalificação de empreendimentos de infraestrutura vitais para a economia brasileira. Permite a realização imediata de investimentos em concessões existentes, em que há necessidade urgente para aprimorar o nível de serviço prestado à população e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável, colocando em risco a qualidade e a continuidade da prestação do serviço prestado aos usuários. O aumento da disponibilidade, a garantia da continuidade e a melhoria da qualidade dos serviços a eles relacionados contribuirão também para a retomada do crescimento econômico, a geração de empregos e o incremento dos níveis de investimento no país.

19. Essas, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, são as razões que justificam a adoção da Medida Provisória que ora submetemos à apreciação de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

*Dyogo Henrique de Oliveira*  
*Maurício Quintella Malta Lessa*