

Step-in rights e a assunção por financiadores de projetos já inadimplentes

O art. 27-A da Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), introduzido em janeiro de 2015, concede aos financiadores e garantidores de concessionárias de serviços públicos o direito de assumirem o controle ou a administração temporária da concessionária para promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade dos serviços. Esse direito, conhecido como *step-in right*, ainda é pouco explorado no Brasil¹.

Os *step-in rights* são relevantes em projetos que requerem grandes aportes iniciais de capital, como normalmente são os projetos de infraestrutura. Nesses casos, interessa mais ao credor a continuidade do empreendimento do que a execução imediata da garantia do financiamento. Em regra, os ativos da sociedade do projeto valem menos se vendidos separadamente do que a dívida incorrida para adquiri-los².

Para que ocorra a transferência do controle ou da administração, essa deve estar prevista no respectivo contrato e ser aprovada pelo poder concedente. De onde defluem duas possibilidades, conforme esteja ou não a cláusula de *step-in* prevista no contrato administrativo assinado entre o concessionário e o Poder Público.

Se estiver prevista, sua implementação dependerá de autorização do poder concedente. Mas esta autorização é o que se chama de ato administrativo vinculado, isto é, deverá ser obrigatoriamente praticado pelo Poder Público desde que presentes as condições indicadas contratualmente. Exigência que poderá ser feita é relativa à regularidade jurídica ou fiscal do financiador que postula sua entrada. Há na Lei de Concessões a possibilidade de que se exija também a demonstração de capacidade técnica, a qual pode ser e normalmente será excluída por uma cláusula de *step-in* bem redigida. Mesmo que não o seja, o financiador poderia preencher o requisito demonstrando ter sob contrato empresa técnica capacitada para operar o projeto.

Porém, o que fazer nos casos em que o contrato já foi firmado sem a cláusula de *step-in*, o financiamento já foi desembolsado e a execução já está em curso?

Também nesses casos caberá alteração do contrato administrativo para inserção dos *step-in rights*.

O contrato administrativo é, em linhas gerais, um contrato firmado entre a Administração Pública e o particular para a consecução do interesse público. Como o interesse público é conceito dinâmico, sua eventual modificação justificará o aditamento desses contratos.

A lei que dispõe sobre alteração dos contratos é a 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações)³, que em seu art. 65 lista casos em que se justificam as alterações contratuais.

Dentre as hipóteses previstas, uma chama especial atenção: os contratos administrativos poderão ser alterados por acordo das partes quando conveniente a substituição da garantia de execução (art. 65, II, "a"). Essa hipótese, por si só, deve bastar para justificar a inserção dos *step-in rights* nos contratos públicos. Isso porque estamos tratando da introdução de uma nova cláusula que em termos econômicos funciona como garantia, reforçando o quadro daquelas preexistentes. Mais vantajosa ao interesse público do que a substituição de uma garantia é a adição de uma nova.

¹ Assunto de que já tratamos em: <http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/step-in-rights-uma-solucao-para-investimentos-no-setor-eletrico>

² Exemplo de setor que pode beneficiar-se dos *step-in rights* é o setor portuário. Assunto tratado em: <http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/financiamento-ao-setor-portuario-brasileiro-o-direito-de-step-in>

³ Para os contratos de concessão de serviços públicos, além da Lei 8.666/93, aplicam-se suas regras próprias estabelecidas pelas Leis 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; 11.079, de 30 de dezembro de 2004; e 9.074 de 7 de julho de 1995.

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SBN, Q 1, BI B, 14, Ed. CNC
2º andar, sl. 201 - 70041-902
Brasília - DF - Brasil
Tel. (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000

Boletim
fevereiro 2016

Outro fundamento para a alteração do contrato de concessão para inclusão dos *step-in rights* é o atendimento ao interesse público. O artigo 27-A da Lei de Concessões estatui que a cláusula opera para assegurar a continuidade da prestação dos serviços públicos em caso de inadimplemento do particular, o que atende a princípios tradicionais do Direito Público.

Resta nesta última hipótese lembrar que a autorização para exercício do direito de acesso do financiador pode ser obtida conjuntamente com a alteração do contrato administrativo para a aposição da cláusula de *step-in*.

Eduardo Salomão Neto
esalomao@levysalomao.com.br

Fabio Kupfermann Rodarte
frodarte@levysalomao.com.br

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SBN, Q 1, BI B, 14, Ed. CNC
2º andar, sl. 201 - 70041-902
Brasília - DF - Brasil
Tel. (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000