

APRESENTAÇÃO

Estou verdadeiramente honrado em ter sido convidado pela equipe do Centro de Estudos para apresentar o Boletim Temático sobre Regulação e Contratos, o qual é composto por peças processuais produzidas pelo Núcleo de Regulação e Contratações Públicas da Procuradoria Judicial (NRC).

Uma boa forma de apreciar este material é lê-lo a partir da história da formação da equipe que o produziu e tendo em conta os desafios que os procuradores do Estado enfrentam para conferir qualidade e sofisticação jurídica a cada uma de suas manifestações. Assim, nesta apresentação, vou compartilhar com vocês minha percepção sobre a experiência institucional que vem permitindo a evolução na defesa dos arranjos contratuais e das decisões regulatórias do Estado de São Paulo.

Em 2018, a Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral aprovou a Portaria Subg-Cont. nº 05/2018, a qual consolidou as diretrizes para a criação e gestão de núcleos estratégicos e temáticos. A partir desse ato, lançaram-se as bases da atual gestão para pensar, movimentar e articular a atuação dos colegas de modo a assegurar maior especialização, organizar as tarefas de maior complexidade e repercussão, incentivar novas estratégias de atuação e criar instâncias de referência para a advocacia pública.

Para conduzir processos que denominamos *estratégicos*, nós temos certa clareza de que se exige dos advogados públicos a adoção de um roteiro padrão que podemos resumir em três tópicos: (i) atuação presencial nos órgãos julgadores; (ii) integração com a Administração Pública e com a área da Consultoria Jurídica; e (iii) proatividade na busca por desenvolvimento profissional. É importante que o procurador do Estado entenda a política pública concretizada na contratação ou na decisão regulatória e seja capaz de transmitir aos juízes, com clareza, tanto o problema jurídico como as potenciais consequências de uma intervenção que leve à suspensão ou invalidação do ato ou do contrato público.

Esse diagnóstico levou a Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral, em conjunto com a equipe da Procuradoria Judicial, a aprovar a Portaria Subg-Cont. 02, de 18 de janeiro de 2019, a qual institui o NRC como núcleo estratégico. Na prática, isso significa que foram estruturadas bancas específicas com menor volume de processos judiciais e recrutados colegas interessados em voluntariamente participar do desafio. Desses colegas esperamos que saibam trabalhar com o máximo de

cooperação entre si e com a Administração Pública, identificando questões relevantes e interessando-se profundamente pelas causas que lhe são atribuídas. A ideia é que eles mergulhem nos assuntos e abracem o objetivo de influenciar o Poder Judiciário a proferir decisões que não comprometam as ações da Administração Pública.

Desde o início, buscamos fazer reuniões internas envolvendo os integrantes do Núcleo, do Gabinete da Procuradoria Judicial e da Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral. Procuramos identificar o que está chegando de novo, o que precisamos melhorar e quais demandas ainda não conseguimos concretizar. Foi dessa interação que surgiram ideias para elaboração de representações para mudar posicionamentos e para contratar melhor apoio técnico para causas de maior relevo; ideias de eventos como as reuniões técnico-temáticas (apoiadas pelo Centro de Estudos) e propostas de mudança de rotinas internas. Frequentemente, buscamos incentivar os integrantes a aprimorarem-se profissionalmente por meio da participação em cursos ou eventos jurídicos e tentamos lapidar nossos modelos, de modo que aquilo que for produzido pela equipe tenha uma estrutura semelhante e possa ser aproveitado em diversos feitos.

Nós nos empenhamos em estabelecer teses uniformes e em atuar com coerência interna e externa. Para tanto, apostamos em uma aproximação com os colegas da Consultoria Jurídica, o que torna mais fácil o resgate do histórico de questões tormentosas na área de Contratos e Regulação.

O Núcleo também conta com procuradores colaboradores, os quais prestam um relevante serviço público e sinalizam seu interesse em participar de modo definitivo da equipe. Por meio dessa política, deixamos abertas as portas a quem estiver disposto a participar desse desafio.

De modo geral, compete ao NRC acompanhar todas as demandas judiciais cujo objeto principal seja matéria de contratações públicas e regulação de atividades econômicas ou de serviços públicos delegados (artigo 1º, I, da Portaria Subg-Cont. 02/2019). Assim, as principais demandas atribuídas à equipe versam sobre o reconhecimento do direito ao reequilíbrio contratual; à validade de cláusulas de editais, de contratos ou de convênios; à aplicação de penalidades contratuais; à cobrança de valores decorrentes da execução contratual; e à validade de reajustes ou de deliberações de órgãos reguladores.

Muitas dessas ações são social e economicamente sensíveis, porquanto atingem interesses de usuários do serviço público e de grandes agentes econômicos que prestam serviços à Administração ou em nome dela. Isso impõe um desafio maior de litigar contra escritórios de advocacia compostos por advogados detentores de projeção nacional e com capacidade de articular teses persuasivas, exigindo-nos maior cuidado na elaboração e na defesa dos nossos posicionamentos.

O Centro de Estudos selecionou algumas das manifestações produzidas pelos colegas do NRC, as quais, a meu ver, são representativas da complexidade e dos interesses públicos em disputa.

Na primeira, discute-se a validade do processo licitatório de concessão do Lote de Rodovias do Litoral Paulista em virtude da frustração e interrupção prematura de uma das audiências públicas designadas para discutir o projeto. A contestação ilustra um conflito típico de grandes projetos de infraestrutura, os quais costumam sofrer questionamentos em suas diversas fases de implementação. O controle judicial via ações populares ou ações civis públicas costuma ser utilizado como mecanismo para impedir o andamento dessas ações governamentais. Na maior parte dos casos, identificamos verdadeiro abuso no uso desses instrumentos e, a depender do modo como o controle judicial for exercido, a concessão de liminares para suspender ou invalidar essas ações pode comprometer a execução de importantes políticas públicas.

Firmados os contratos, é possível o inadimplemento, o que gera questionamentos sobre a aplicação de sanções. A apelação selecionada representa bem o tipo de divergência que surge na execução de contratos públicos e trabalha adequadamente com elementos técnicos e com a distribuição de riscos da Lei nº 8.666/93 para reverter a sentença. A peça é interessante por abordar a questão de modo objetivo e por ter levado à reforma do pronunciamento de primeiro grau. Nessa mesma linha, foi selecionado agravo de instrumento em que se discute a validade de decisão judicial que suspendeu a exigibilidade de multa aplicada em virtude da não execução de obra em conformidade com o cronograma físico-financeiro do contrato.

Três das contestações abrangem conflitos com concessionárias de rodovia.

Nessas concessões, costuma haver uma resistência dos operadores em arcar com os custos decorrentes da atualização dos serviços que prestam. Uma das contestações selecionadas explicita o conflito à luz das disposições do edital e da jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, esclarecendo o posicionamento de que inexistente direito ao reequilíbrio econômico-financeiro se o contrato previr obrigação de atualização da prestação dos serviços segundo as normas técnicas.

Outro caso envolveu o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da materialização de riscos relacionados ao financiamento tomado por concessionária para operar infraestrutura rodoviária. A parte autora buscava atribuir ao Poder Concedente os ônus com os custos que teve de suportar em virtude de prêmio pago a debenturistas, obrigação que surgiu após o rebaixamento de sua nota de crédito. Na defesa, exploraram-se argumentos como a necessidade de obediência à alocação de riscos do

contrato, a inaplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva e os riscos decorrentes da intervenção do Poder Judiciário na escolha regulatória da Artesp.

A mesma concessionária buscou também atribuir ao Poder Concedente a responsabilidade por arcar com os custos que teve de suportar para recuperar uma ponte, a qual conteria vícios ocultos. De acordo com a parte autora, sua obrigação tornara-se excessivamente onerosa, ensejando gastos adicionais. A peça reporta um debate técnico na área de engenharia e especifica a dinâmica contratual relativa ao programa de monitoração e gerenciamento da infraestrutura, afastando os argumentos de configuração de vício oculto e de fato imprevisível.

Outro importante caso que o NRC teve de enfrentar versa a respeito da validade do Sistema de Monitoramento Inteligente (Simi). As partes autoras alegam que o estado de São Paulo teria violado o direito à intimidade e o direito de reunião dos cidadãos. A peça selecionada apresenta o histórico do projeto Simi e explica o arranjo contratual estabelecido pelo IPT, pela Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações e pelas operadoras de telefonia móvel, que viabiliza o acesso do Poder Público aos dados agregados que permitem a tomada de decisão fundamentada em relação às restrições administrativas impostas para mitigar os efeitos da pandemia. Há explicações interessantes sobre a anonimização de dados e sobre a aplicabilidade da Lei Geral da Telecomunicações (LGT), da Lei da covid-19 e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

O Boletim termina com uma contestação a uma ação de cobrança proposta por concessionária de contrato de concessão onerosa de uso de bem público (área aeroportuária) com encargo de construção de obra e reversão dos bens. A parte autora buscava ressarcimento por todos os valores que investiu na implantação da infraestrutura, independentemente das previsões contratuais que estabeleciam o projeto, o prazo de execução, a forma e o valor de amortização. Um dos pontos que chama a atenção na defesa é o argumento de que haveria violação *duty to mitigate the loss*, muito bem-articulado e embasado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Desejo a todos uma boa leitura!

LUCAS LEITE ALVES

Procurador do Estado Assistente