

Contestação em ação ajuizada pela concessionária Rota das Bandeiras, com o objetivo de se obter o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão firmado com a Agência de Transporte do Estado de São Paulo - Artesp. Em síntese, a concessionária alega que a diminuição de sua nota de crédito gerou custos imprevisíveis, pois teve que pagar prêmio aos debenturistas para evitar o vencimento antecipado dos títulos de crédito. Afirma que o rebaixamento não foi decorrente da deterioração da situação de crédito da concessionária ou por piora em seu desempenho operacional e financeiro, mas pelo rebaixamento dos títulos brasileiros a partir da crise econômica de 2015.

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - FAZENDA PÚBLICA

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 1065799-47.2019.8.26.0053

REQUERENTE: CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A.

REQUERIDA: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP E FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP E A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, representadas pelos procuradores do Estado subscritos, vêm respeitosamente à presença de Vossa Excelência apresentar **CONTESTAÇÃO**, com base nos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

1. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação ajuizada pela Concessionária Rota das Bandeiras em que esta pede o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão 03/ARTESP/2009 - **Contrato**.

Em síntese, a concessionária alega que a diminuição de sua nota de crédito gerou custos imprevisíveis, pois teve que pagar prêmio aos debenturistas para evitar o vencimento antecipado dos títulos de crédito. Afirma que o rebaixamento não foi decorrente da deterioração da situação de crédito da concessionária, ou por piora em seu desempenho operacional e financeiro, mas pelo rebaixamento dos títulos brasileiros a partir da crise econômica de 2015.

Dessa forma, a concessionária requer a procedência da ação para que seja declarado o seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com a condenação das rés a recompor o equilíbrio nos valores requeridos no pleito administrativo (“o valor base a VPL (valor presente líquido) de 2008 – ano de elaboração da proposta comercial – em R\$ 3.254.604,28 (três milhões, duzentos e cinquenta e quatro mil, seiscentos e quatro reais e vinte e oito centavos”).

Consoante se demonstrará, as pretensões aduzidas não encontram respaldo no ordenamento jurídico e nas cláusulas contratuais que regem a matéria porquanto (i) o

Contrato de Concessão atribui a responsabilidade econômico-financeira pela materialização de riscos de financiamento à parte autora; (ii) a alocação de riscos e a regra de reequilíbrio de contratos de obra da Lei nº 8.666/1993 não é aplicável a contratos de concessão; (iii) a teoria da onerosidade excessiva não é aplicável a contratos de concessão; (iv) o Poder Judiciário não pode intervir na escolha regulatória da Artesp quanto à distribuição de riscos do contrato de concessão; (v) o valor supostamente devido não pode incluir dispêndios com comissão de assessoria financeira e assessoria jurídica e impostos; (vi) a forma de atualização do débito deve obediência aos critérios de atualização previstos na lei que regula as indenizações devidas pela Fazenda Pública.

2. DO PEDIDO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

A. DA COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA DA CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS E O CONTEXTO DA CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA DE 2015

Alega a concessionária que teve o *rating* rebaixado de suas debêntures em razão da crise econômica de 2015 e em decorrência de medidas econômicas adotadas pelo governo federal na tentativa de conter os catastróficos resultados fiscais, políticos e econômicos vivenciados pelo país.

Não menciona em nenhum momento que a Concessionária Rota das Bandeiras, até maio de 2019, tinha como controladora a Odebrecht Rodovias S.A.

De acordo com informações do *site* da concessionária:

A Companhia é uma sociedade por ações, controlada atualmente pelos Fundos de Investimento em Participações Multiestratégia SCP 1355 (“SCP 1355”) e OTP CRB (“FIP OTP”). Em 27 de maio de 2019 a então controladora direta Odebrecht Rodovias S.A. (“ODBVias”), alienou o equivalente a 85% do capital social da Companhia para o Fundo de Investimento em Participações Multiestratégia SCP 1355.



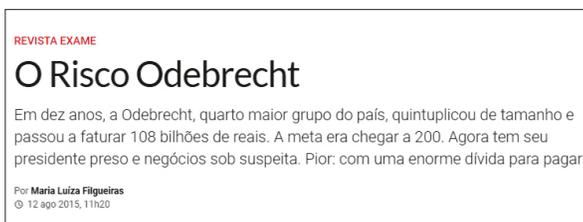
QUADRO DE COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA

CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A. Av. Juca Peçanha, 116 – Cidade Satélite – Atibaia – SP – CEP 12941-000 CNPJ (MF) 10.647.979 / 0001-48				
Acionistas	Quantidade de Ações Nominativas Ordinárias (ON)	Quantidade de Ações Nominativas Preferenciais (PN)	Total de Ações Nominativas / Ordinárias (ON + PN)	Percentual de Participação Acionária (%)
Odebrecht Investimentos em Infra-estrutura Ltda.	104.406.653	20.881.331	125.287.984	60,00%
Odebrecht Serviços de Engenharia e Construção S.A.	-	83.526.322	83.526.322	40,00%
TOTAL	104.406.653	104.406.653	208.813.306	100,00%

No momento da assinatura do **contrato**, a composição acionária da concessionária era formada integralmente por empresas do Grupo Odebrecht:

É conhecimento notório que o envolvimento do Grupo Odebrecht nos escândalos de corrupção da Operação Lava-Jato foi um dos fatos catalizadores da crise econômica de 2015, que culminou com o *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff.

Desde meados de 2015, era noticiado o risco atrelado às dívidas do Grupo Odebrecht:¹



De acordo com a citada reportagem, houve o rebaixamento da nota de risco da dívida do grupo em razão das investigações da Lava-Jato, do alto valor da dívida (cerca de 88 bilhões de reais), da possibilidade de aplicação de multas pelos ilícitos praticados e da prisão de seus dirigentes.

Dessa maneira, a narrativa da autora de que teve que arcar com o pagamento de prêmio aos debenturistas para evitar o vencimento antecipado da dívida **em decorrência do rebaixamento do rating** por agências de risco e de que tal fato teria se dados apenas por fatores externos não releva o contexto em que a concessionária estava envolvida: era uma empresa do Grupo Odebrecht.

A concessionária teve sua nota rebaixada de Ba1/Aa2.br para Ba3/A3.br, com perspectiva negativa, em julho de 2016, pela Moody's. Acerca dos fundamentos do *rating*, consta no Parecer de crédito da agência (em anexo):

(...)

Nos últimos anos, o grupo Odebrecht, controlador da RDB, diversificou suas atividades e investiu em novos projetos que incluem plataformas de petróleo para suportar a crescente produção de petróleo, energia, água e tratamento de esgoto e em concessões de rodovias pedagiadas do Brasil. Por meio da subsidiária OTP, o grupo tem

1 <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/o-risco-odebrecht/>>.

buscado atividades oportunas no setor de transporte, principalmente em rodovias pedagiadas, portos e aeroportos. Injeções de capital em novos projetos potenciais e captação de longo prazo deverão ser na sua maioria financiada por dívida sem direito a recurso de financiamento de projetos.

(...)

De 2009 a 2011, a Rota das Bandeiras recebeu injeções de capital de seus acionistas no montante de R\$ 557 milhões e, em 2013, a empresa obteve um empréstimo mútuo de R\$ 300 milhões de seu acionista OTP - Odebrecht Transport S.A. O empréstimo mútuo está subordinado às debêntures e ao empréstimo do BNDES enquanto o pagamento do principal está programado para ser realizado em uma única parcela em 10 de outubro de 2025, após o vencimento das debêntures e do empréstimo do BNDES.

(...)

A RDB é uma subsidiária indireta da Odebrecht S.A. (Odebrecht; sem rating), uma holding familiar de investimentos de um dos maiores conglomerados brasileiros não financeiros. A subsidiária de engenharia e construção da Odebrecht, a Odebrecht Engenharia e Construção S.A. (B2/Ba2.br; em revisão para rebaixamento), representa aproximadamente 35% das receitas consolidadas, com 45% representados por sua subsidiária petroquímica Braskem, e 20% por outras subsidiárias que operam na sua maioria nos setores de infraestrutura e energia.

Veja-se que pertencer ao Grupo Odebrecht fez parte do contexto econômico da concessionária, o que foi levado em conta na fixação do *rating* pela Agência.

Tanto que com a venda de 85% do controle acionário da Rota das Bandeiras pela controladora Odebrecht Rodovias S.A. para um Fundo de Investimentos Internacional, a Moody's decidiu revisar o *rating*, elevando-o².

E realmente o *rating* subiu para Ba3/A1.br, com perspectiva positiva, em junho de 2019, sendo que de acordo com o parecer da Agência: *“a visão do crédito também incorpora a expectativa de que a companhia está mais bem posicionada para obter fontes de financiamento adicionais para cumprir com seu programa de investimento e manter ao mesmo tempo um perfil de liquidez sólido após a conclusão do processo de venda de 85% de suas ações em maio de 2019”* (em anexo).

Portanto, não se pode alegar que o rebaixamento se deu por razões externas à companhia, mormente porque a avaliação sobre sua capacidade de cumprir seu programa de investimentos estava umbilicalmente atrelada ao perfil do seu sócio controlador, grupo econômico mergulhado no maior escândalo de corrupção da história.

2 <https://www.moody.com/research/Moodys-coloca-ratings-da-Rota-das-Bandeiras-em-revisao-para-PR_395156>.

B. DA IMPOSSIBILIDADE DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O contrato de concessão não pode ser considerado desequilibrado em razão de variações de custo de capital próprio ou de terceiros (financiamento) necessários para o custeio da atividade empresarial. A Concessionária é a única responsável pela obtenção dos financiamentos necessários, tendo o contrato alocado de forma clara o risco de financiamentos à contratada.

Vejamos.

A tutela do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, assim como dos demais contratos administrativos, corresponde a garantia constitucional, estando prevista no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e, na legislação ordinária, artigo 9º, §§ 2º, 3º e 4º e 10 da Lei nº 8.987/95.

O contrato de concessão, diferente do que ocorre nos contratos de obra, envolve a transferência de uma série de riscos ao particular contratado pela Administração, a ele incumbindo a gerência do negócio e a assunção de responsabilidades semelhantes à de um empresário privado.

Bem elucida a lição de JUSTEN FILHO, ao afirmar que o:

[...] relacionamento entre poder concedente e concessionário rege-se pelos princípios fundamentais que disciplinam a atividade administrativa do Estado. O conceito de concessão se integra, por isso, pelo princípio de que o concessionário assume os riscos da atividade, cabendo-lhe a faculdade de imprimir os princípios da atividade privada à organização do serviço concedido. Em última análise, a concessão produz a transferência, para a órbita alheia, dos riscos e encargos privados da prestação do serviço público. Se o titular da competência para prestação do serviço público mantiver em sua esfera jurídica a responsabilidade pelos encargos e riscos correspondentes, não se configura a concessão. Aliás, na medida em que o delegatário não concorresse com uma parcela dos riscos e não estivesse sujeito a arcar com os prejuízos, nem se poderia cogitar de atribuir-lhe a parcela de lucros. Seria ofensivo à ordem jurídica o modelo contratual que reservasse ao Estado o risco do prejuízo e assegurasse ao delegatário o privilégio de parte dos lucros³ (g.n.).

Entre os riscos ordinários que se inserem na esfera de risco do concessionário constam aqueles relativos às decisões empresariais, comuns a quaisquer executivos. Não se pode perder de vista que, com a celebração do contrato de concessão, o particular não é agraciado com uma espécie de “escudo” que

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos* – São Paulo: Dialética, 1997, p. 67.

o protegerá das intempéries advindas das conjunturas mutáveis e dos riscos decorrentes do negócio.

O contrato de concessão – não é demais repetir – não comporta protecionismo especial ao empreendedor privado que, no giro dos negócios, seja com o Poder Público, seja com o particular, está sujeito a qualquer intempérie, não sendo a cláusula *rebus sic stantibus* garantia ao desempenho administrativo inadequado ou insatisfatório.

BANDEIRA DE MELLO sinaliza que é inerente às particularidades do instituto da concessão de serviço público uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro **menos completa** do que a existente na generalidade dos contratos administrativos, por assumir o concessionário **riscos proporcionais à margem de liberdade que lhe é assegurada**, porquanto titular de poderes para organizar economicamente a atividade e montar sua própria estratégia de investimentos, de forma a obter o melhor resultado ou custo-benefício do empreendimento, visando extrair a maior lucratividade possível, desde que respeitados os padrões impostos pelo Estado.⁴

Logo, o poder concedente não pode assumir o ônus decorrente da má estratégia ou má gestão empresarial do concessionário, senão para descaracterizar o contrato de concessão. Celso Antonio Bandeira de Mello claramente alude a esse quadro quando afirma que a expressão “equilíbrio econômico-financeiro” não traz consigo uma imunização do concessionário ao malogro de seu empreendimento pessoal, quando venha a sofrer vicissitudes próprias da vida negocial.⁵

O artigo 10 da Lei nº 8.987/95 estabelece relação entre as condições do contrato e a equação financeira, de sorte que resulta atendido o equilíbrio contratual se respeitado o contrato de concessão: **“Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”**.

Assim, para a adequada definição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ser avaliada a matriz de riscos estabelecida no contrato de concessão de serviço público. A matriz de risco define qual das partes é responsável por cada uma das atividades previstas no instrumento contratual e para lidar com incertezas positivas e negativas (ganhos e ônus) que afetam tais atividades. Ao estipular as responsabilidades de cada parte do contrato, a matriz de risco fixa o conjunto de

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed., SP: Malheiros, p. 680-1.

5 Ob. cit., p. 680-1.

encargos e benefícios de cada uma delas e, assim, em conjunto com as obrigações de desempenho na prestação dos serviços e o sistema de pagamentos, compõe a equação econômico-financeira do contrato.

O rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que enseja o direito à sua recomposição, portanto, não depende somente da constatação de quebra da correlação entre encargos e vantagens, mas também da distribuição de responsabilidades em decorrência da materialização do risco. Somente eventos cuja responsabilidade não tenha sido atribuída à parte prejudicada podem gerar o restabelecimento da equação econômica via pleito de reequilíbrios.

Nesse passo, cumpre destacar que a cláusula 22 do Contrato de Concessão nº 002/Artesp/2009 prevê que a **concessionária assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do sistema rodoviário e, especialmente, que variações de custos decorrentes das obrigações assumidas não serão considerados para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, posto que a correta avaliação dos custos e do que deve ser realizado para execução do contrato é de risco exclusivo da concessionária:**

22.1. A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO.

22.2. Diminuição de receita, decorrente de alterações da demanda de tráfego em relação ao previsto no Plano de Negócios apresentado na PROPOSTA, não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA a correta avaliação do possível impacto sobre a exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO decorrente da evolução futura dessa demanda.

22.2.1. A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente, o risco das projeções das receitas acessórias.

22.3. Variações de custo decorrentes das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS apresentado na PROPOSTA não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA sua correta avaliação.

Com efeito, nos custos decorrentes das obrigações assumidas pela concessionária **incluem-se os custos de capital**, de maneira que as suas variações consistem em risco de exclusiva responsabilidade da concessionária.

Ademais, conforme disposto na cláusula contratual 15, a concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários para a execução do contrato de concessão:

CAPÍTULO VI
FINANCIAMENTO

CLÁUSULA 15. - OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO

15.1. A CONCESSIONÁRIA é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento dos serviços abrangidos pela CONCESSÃO, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, todas as obrigações assumidas neste CONTRATO.

15.1.1. Para a obtenção dos recursos financeiros adicionais ao capital social, necessários ao normal desenvolvimento das atividades abrangidas pela CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA celebrou em, 27/3/2003, instrumento denominado PROPOSTA FIRMA DE EMPRÉSTIMO PONTE – FINANCIAMENTO PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS CORREDOR DOM PEDRO I, em regime de colocação firme e de melhores esforços, juntamente com ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA., ODEBRECHT SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S.A. e BANCO SANTANDER S.A., e a carta do BANCO SANTANDER, datada de 27/3/2009, com declaração de celebração de mandato objetivando a assessoria para a participação na licitação e compromisso de viabilizar os empréstimos e/ou colocação de obrigações de curto e longo prazos, que constitui(em) o ANEXO IX – Documentos de Financiamento.

15.1.2. A CONCESSIONÁRIA não poderá alegar qualquer disposição, cláusula ou condição do(s) Contrato(s) de Financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para se eximir, total ou parcialmente, das obrigações assumidas neste CONTRATO, cujos termos são de pleno conhecimento da(s) INSTITUIÇÃO(ÕES) FINANCIADORA(S).

15.2. A CONTRATANTE poderá autorizar a CONCESSIONÁRIA a dar em garantia dos financiamentos contratados nos termos desta Cláusula, os direitos emergentes de exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, nos termos do artigo 28 da Lei nº 8.987/1995, quando não houver comprometimento da operacionalização e da continuidade da prestação dos serviços objeto da CONCESSÃO.

E nos termos do art. 31, VIII, da Lei nº 8.987/95, é encargo da concessionária *“captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço”*.

Dessa forma, de acordo com as cláusulas contratuais, o impacto da estrutura de capital (proporção de capital próprio e de capital de terceiros) adotada na atividade empresarial constitui risco do negócio, de modo que se for bem ou mal sucedida suas vantagens ou desvantagens deverão ser apropriadas pelo concessionário. Assim, se o concessionário obtiver empréstimos mais baratos não pode o poder concedente buscar o reequilíbrio para apropriar-se das melhores condições de financiamento, assim como não é dado ao concessionário socializar os prejuízos de seus custos com debêntures mal contratadas.

De acordo com a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *“a álea ordinária ou empresarial, que está presente em qualquer tipo de negócio, é um risco que todo*

empresário corre, **como resultado da própria flutuação do mercado**; sendo previsível, por ela responde o "concessionário"⁶ (g.n.).

Com efeito, é opção econômica-administrativa da concessionária, ou de qualquer sociedade empresária, definir qual é a melhor maneira de captar recursos para o financiamento do projeto.

Existem várias maneiras da concessionária captar recursos: *bonds*, debêntures, debêntures conversíveis, empréstimo, *fundings*, oferta pública inicial de ações (IPO) etc.

Em relação às debêntures, de acordo com a Lei nº 6.404/76, a empresa pode emitir debêntures nas condições constantes da escritura de emissão (art. 52), com a possibilidade de “*de estipular amortizações parciais de cada série, criar fundos de amortização e reservar-se o direito de resgate antecipado, parcial ou total, dos títulos da mesma série*” (art. 55).

Assim, a emissão de debêntures com cláusula de vencimento antecipado na hipótese de rebaixamento do *rating* é decisão empresarial da concessionária, de sua exclusiva responsabilidade nos termos contratuais.

Claramente pretende a autora transferir para as rés os ônus decorrentes de sua opção em emitir debêntures com as condições citadas e de optar pela renegociação, com pagamento de prêmios.

Veja-se que a relação jurídica existente no presente caso é da concessionária com os debenturistas, nos termos das cláusulas fixadas no título de crédito, não se relacionando com qualquer cláusula do contrato de concessão.

Nos termos da cláusula contratual 23.1, III, pode acarretar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato a “*ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais, para mais ou para menos, nos pressupostos adotados na elaboração das PROJEÇÕES FINANCEIRAS, desde que esses eventos não sejam passíveis de serem cobertos por mecanismos efetivamente disponíveis no mercado nacional ou internacional (hedge), a custos razoáveis*”.

Em primeiro lugar, como descrito anteriormente, não se tratou de evento alheio ao contexto econômico da Concessionária, tendo em vista que até maio de 2019 era empresa do Grupo Odebrecht.

6 Parcerias na Administração Pública. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 117.

Além disso, o custo decorrente do pagamento de prêmios para evitar o vencimento antecipado das debêntures decorreu de opção administrativa e empresarial da empresa, sobre a qual o poder concedente não tem qualquer ingerência.

Com efeito, a crise econômica de 2015/2016 não se revela excepcional quando se analisa os movimentos do PIB de 1978 a 2017, conforme a manifestação da Diretoria de Controle Econômico-Financeiro (fls. 154/160 das informações anexas):

Observa-se que a atual crise, onde o PIB caiu 3,59% e 3,77% nos últimos dois anos, nada tem de excepcional se comparada a 1981 e 1990, onde o PIB decresceu 4,25% e 4,35%, respectivamente. Sendo assim, não cabem os argumentos apresentados pela concessionária, uma vez que reversões após épocas de bonança já haviam ocorrido outras vezes na economia brasileira, inclusive após períodos de crescimento de magnitude superior aos recentemente observados na economia brasileira. Mais ainda, é possível observar que a economia vem apresentando sinais de reversão e o mercado prevê PIB positivo em 2017 (1,01%). (...)

(...) ao considerarmos a variância das séries [do PIB], estas não podem ser consideradas diferentes, nos levando à conclusão que a média da variação real anual do PIB entre 1978 e 2007 é igual a média da variação real anual do PIB entre 2008 e 2017.

(...) Sabe-se que, das três componentes descritas acima [indústria, agropecuária e serviço], as que mais impactam o tráfego nas rodovias são a agropecuária e a indústria. Então, uma premissa conservadora para a previsão das variações dos meses por um período de 30 anos poderia, e deveria, levar em consideração a possibilidade de quedas ao menos tão grandes quanto as já ocorridas no passado, no caso, por volta de 8%. Observando a crise atual, agropecuária e indústria retraíram-se bem menos do que ocorrido na década de 80, de forma que a adoção de premissas minimamente conservadoras seriam suficientes para mitigar seus efeitos adversos.

(...)

Uma previsão conservadora, que tomasse somente os desvios padrão das séries para cima e para baixo, teria como pior cenário os valores de -7,43% para a agropecuária e -6,04% para a indústria. Deste ponto de vista, os decréscimos observados nos últimos anos podem ser considerados normais e completamente dentro de uma banda de variação esperada. Novamente, ressalta-se as reversões observadas, uma vez que o mercado espera um crescimento de 12,43% para a agropecuária e decréscimo de apenas -0,02% para a indústria em 2017.

Assim, não há que se falar em álea econômica extraordinária, já que os movimentos do PIB apenas se são no sentido de regressão à média. Esse fato é esperado, dado o caráter de longo prazo dos contratos. Por vezes ocorrem aumentos, mas que são compensados por quedas futuras, mantendo-se o equilíbrio em patamares constantes (como nesse caso) ou então em tendências de crescimento suaves e bem-comportadas.

Ademais, o Edital de licitação do Lote 7 (Corredor Dom Pedro I) foi publicado em meados de 2008, com apresentação de propostas em 29/10/2008, momento de grave crise mundial.

E considerando o longo prazo do contrato em questão, qual seja, 30 anos, seria de se esperar que houvesse crises econômicas nesse período.

Dessa forma, eventual crise política e econômica não gera ao poder concedente a responsabilidade por custos relacionados à estratégia de captação de recursos e de financiamento do projeto.

Não pode a concessionária “pinçar” períodos de retrocesso econômico para justificar reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em seu favor, sob pena de se contradizer valendo-se da própria torpeza: se a recessão econômica de dois anos (2015/2016) implica revisão contratual a favor da concessionária, quer isso dizer que o crescimento econômico nos demais anos de contrato (2010 a 2014 e 2017) implica revisão a favor do poder concedente e redução das tarifas de pedágio pagas pelos usuários?

A análise macroeconômica não pode ser feita com base em recortes temporais manipulados e favoráveis à concessionária.

Nesse sentido, a presente demanda desconsidera que o prazo da concessão é de 30 anos, de modo que é inadmissível considerar apenas curto período de tempo.

Se a autora pressupôs 30 anos de pura bonança econômica, sem quaisquer variações macroeconômicas, em suas projeções financeiras apresentadas na proposta, deve arcar com essa decisão empresarial.

No caso em questão, se a concessionária tivesse optado em antecipar o vencimento dos títulos de crédito, o Poder Público teria que arcar com a integralidade do pagamento das dívidas?

Nesse cenário hipotético, se o poder concedente arcasse com o pagamento integral das dívidas, em última análise, seriam todos os contribuintes paulistas que indenizariam os prejuízos decorrentes da decisão empresarial e da crise econômica, levando-se em consideração que se trata de serviço remunerado pela tarifa de pedágio paga pelos usuários do sistema rodoviário.

Portanto, a parte autora não demonstrou como, por que e nem quanto do desequilíbrio provocado por sua atuação empresarial deve ser suportado pelo Poder Público, sendo improcedente sua pretensão.

C. DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONTRATO DE CONCESSÃO. FRAUDE À LICITAÇÃO E À LÓGICA JURÍDICO-ECONÔMICA DO CONTRATO. SUBVERSÃO DA MATRIZ DE RISCOS

A parte autora procura impor aos usuários do serviço de rodovia os custos decorrentes de sua opção empresarial de captar recursos mediante emissão de debêntures. Justifica essa transferência de custos na aplicação equivocada e ilegal da teoria da onerosidade excessiva, a qual estaria fundada no artigo 65, II, “d” da Lei federal nº 8.666/93, o qual prevê, *in verbis*:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Da simples leitura desta disposição legal, percebe-se que a norma tem como objetivo conferir fundamento legal a aditivos firmados pelo Poder Público e por particulares que estejam vinculados por contratos regulados pela Lei nº 8.666/93. O item “d”, do II, prevê que pode ser firmado acordo para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato nas hipóteses de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis ou em casos de força maior/caso fortuito/fato do príncipe, desde que tais eventos configurem álea econômica EXTRAORDINÁRIA E EXTRACONTRATUAL.

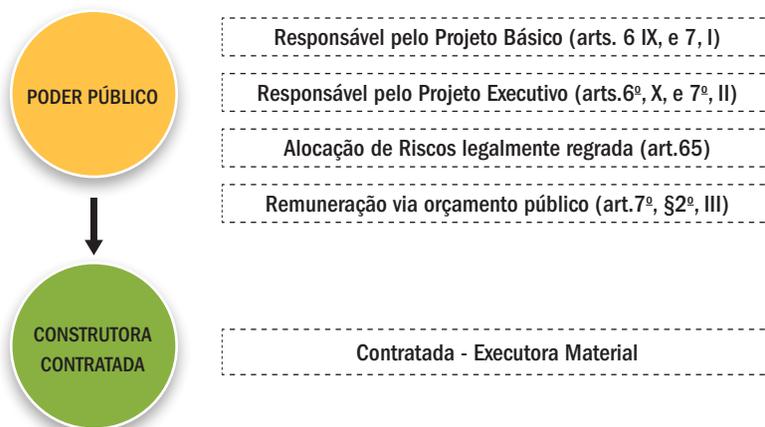
Por razões de *economia dos contratos* e de *lei*, o contrato de concessão do serviço de rodovia não é regulado, no que tange ao sistema de equilíbrio econômico-financeiro, pela Lei federal nº 8.666/1993, mas por *suas próprias disposições*, consoante expressamente disposto no artigo 10 da Lei federal nº 8.987/1995.

Ainda que fosse regulado pela Lei federal nº 8.666/1993, não incidiria a hipótese acima prevista, pois a materialização de custos a maior decorrentes de risco de financiamento, além de não ser extraordinário (conforme demonstrado no tópico anterior) foi expressamente regulado no instrumento do contrato de concessão (portanto, trata-se de álea contratualizada).

Assim, não está configurado o requisito da “álea econômica **extraordinária e extracontratual**”, prevista no artigo 65, II, “d”, da Lei federal nº 8.666/1993, não havendo fundamento jurídico para um aditivo que enseje aumento de tarifas para recompor a equação econômico-financeira do contrato.

É importante reforçar, para que o Poder Judiciário não seja indevidamente induzido a erro e dê respaldo a uma tese jurídica com efeitos sistêmicos devastadores, que os contratos de obra e de serviços da Lei federal nº 8.666/93 possuem uma dinâmica e uma lógica jurídico-econômica **completamente distintas** daquelas dos Contratos de Concessão.

Como ensina o professor Jacintho Arruda Câmara, a Lei nº 8.666/93 estabelece um **protagonismo do Poder Público na viabilização da infraestrutura**, transferindo para a **contratada** basicamente **a incumbência de executar as suas decisões**. O diploma não permite que a contratada assumo o ônus de conseguir um financiamento para a obra ser executada (art.7, § 3º), impondo como requisito de validade para a contratação a existência de dotação orçamentária (art.7º, § 2º, III). O modo de pagamento das prestações devidas é paulatino, dá-se à medida que a obra vai sendo executada (art. 40, XIV, “a”). Isto é, **a cada medição** a Administração deve **pagar o correspondente que for executado**. Nesse tipo de contratação, a Administração deve apresentar, juntamente com o edital, as características **mais relevantes do projeto a ser executado pela empresa contratada**. Não é possível transferir para o empresário o ônus de elaborar o projeto (art. 7, § 2º, I) e tampouco a responsabilidade por captar recursos e por definir soluções técnicas para melhor atingimento das finalidades públicas. De modo ilustrativo, pode-se esquematizar as características dos contratos da Lei nº 8.666/1993 da seguinte forma:

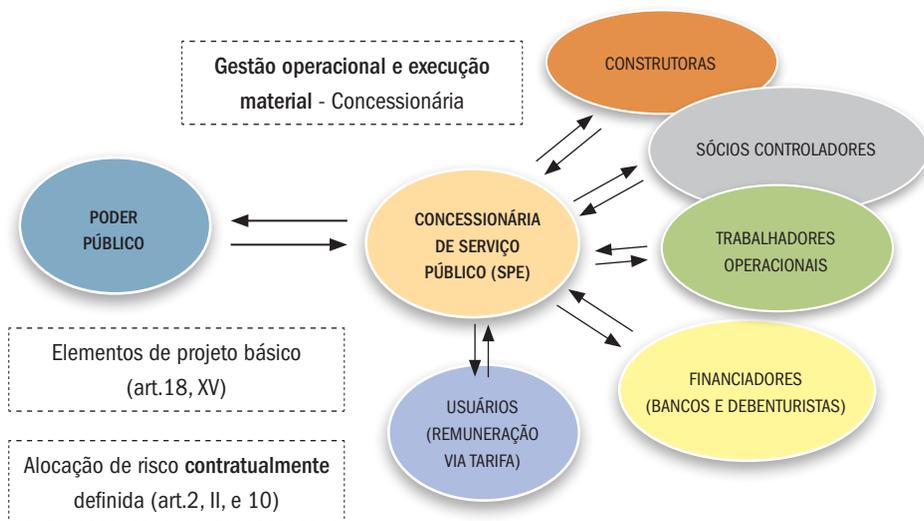


Assim, em razão das características essenciais dessa relação jurídico-contratual (forma de remuneração da contratada e de financiamento, forma de concepção do projeto e responsabilidades das partes), **tem-se um sistema específico para re-equilíbrio desses contratos**, caracterizado pela regra do 65 da Lei nº 8.666/93. Essa norma **não pode ser simplesmente transplantada** para a dinâmica dos contratos de concessão, ainda mais quando se está a tratar de riscos claramente atribuídos à concessionária.

Diante desse cenário, não se mostra sustentável invocar como **precedente** para o presente caso o acórdão proferido pelo e. STJ no Recurso Ordinário em MS nº 15.154-PE, pois, neste caso, a colenda Corte Superior apreciou **recurso** contra **acórdão** que reconheceu que a maxidesvalorização cambial seria risco inerente a um contrato de fornecimento de softwares *firewall* de interesse do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A decisão do e. STJ apreciou a validade do indeferimento do pedido de recomposição de preços em um simples contrato de fornecimento de serviço regulado pela Lei nº 8.666/93, o qual, por óbvio, **é juridicamente incomparável a um contrato de concessão de longo prazo.**

É importante ressaltar que na **Contratação da Lei nº 8.987/95**, estabelece-se um outro caminho (diferente daquele da Lei federal nº 8.666/3) para viabilizar a construção e a exploração da infraestrutura pública (rodovia). Como ensina o professor Jacintho Arruda⁷, quando a infraestrutura pública admite exploração econômica, é possível contratar particulares para que estes assumam **o ônus do investimento**, em troca do direito à exploração econômica dos serviços atrelados àquela infraestrutura. Entre as várias características dessa dinâmica contratual, há uma central ao regime de concessões: **a remuneração da contratada é baseada na exploração do serviço ou da infraestrutura delegada.** Além disso, nesse modelo se admite a participação dos particulares **inclusive na formulação de projetos** e na **definição de soluções para a realização de empreendimentos públicos.** De modo ilustrativo, pode-se esquematizar as características dos contratos de concessão da seguinte forma:

7 Jacintho Arruda Câmara, “Contratações públicas para projetos de infraestrutura”. Artigo publicado no livro Direito da Infraestrutura 1, coords. Fernando S. Marcato e Mário Engler Pinto Junior, São Paulo, SaraivaJur, 2017, p. 66.



Assim, nesse modelo, as soluções para a infraestrutura podem ser amplamente **delegadas ao concessionário** – como no caso do contrato de concessão ora em apreço – de modo que os riscos e responsabilidades **são por este assumidos** (art. 2º e 10 da Lei nº 8.987/1995). A ideia geral é que cabe ao contrato “fixar uma divisão de riscos entre o poder concedente e a empresa concessionária” e à concessionária é delegado o poder para estabelecer e coordenar os arranjos contratuais que firma com construtoras, financiadores, trabalhadores, seguradoras e com seus sócios controladores. Não é à toa que doutrinariamente se fala que as concessões existem para viabilizar o financiamento privado da infraestrutura, o qual ocorre por capital próprio e por capital de terceiros, sendo as concessionárias verdadeiras “empresas privadas”⁸:

No setor de infraestrutura paira um certo desconforto em admitir que a organização racional dos fatores de produção toma a forma, como não poderia deixar de ser, de empresa: está aí o desuso de tal palavra face ao emprego recorrente de termos como “projeto”, “investimento”, “SPE” a denunciar o fenômeno, como se fosse necessário ocultar algo tão legítimo quanto a busca do lucro, público ou privado, pela exposição ao risco, pelo empreendedorismo, pela criatividade em bolar modelagens desafiadoras do senso comum nos diversos saberes que vão aos poucos consolidando, no espaço que coube ao direito, uma nova e deliciosa prática de advocacia.

8 VANZELLA, Rafael. Financiamento Privado da Infraestrutura. In: Mario Engler Pinto Júnior; Fernando Marcato. (org.). Direito da Infraestrutura. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, p. 305-384.

Como consequência desta distinção entre os institutos, é possível afirmar que uma intervenção judicial na escolha regulatória feita pela Artesp quanto ao modo de alocar riscos em um contrato de concessão de rodovia pode gerar problemas sistêmicos incalculáveis e desastrosos para o estado de São Paulo, em especial por sinalizar que o estado “garantirá” a lucratividade das concessões nas hipóteses em que estas tenham problemas na obtenção de financiamento com capital de terceiros. Esses projetos (empresas) se sustentam em um arranjo contratual que atribui aos concessionários os bônus e ônus decorrentes de uma relação jurídica complexa e de longo prazo, a qual envolve investimentos de alta monta, a cobrança de tarifas públicas, a percepção de receitas acessórias, um cronograma físico-financeiro de obras a realizar e um amplo espectro de possibilidades de gerenciamento de riscos típicos do gerenciamento de uma infraestrutura de grande porte. Em suma, este modelo é adotado em muitos contratos de concessão firmados pelo estado, de modo que um precedente judicial intervindo nesta atribuição de riscos gerará incentivos nefastos para o Programa de Concessões.

Destaque-se que a atribuição do risco contratual é um dos principais instrumentos da regulação do serviço público pela Administração, configurando matéria de reserva de administração, de modo que nem o Poder Legislativo nem o Poder Judiciário podem intervir, concedendo “isenções”, criando “benefícios tarifários” ou mesmo assegurando a “reequilíbrios” fora das disposições contratuais, conforme orientação geral vinculante do Supremo Tribunal Federal (RE 680.425, relator(a): min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 8/5/2018, publicado em DJe-092, DIVULG., 11/5/2018, PUBLIC., 14/5/2018). De acordo com a jurisprudência da mais alta Corte, não se pode admitir que o Poder Executivo seja substituído na gestão dos contratos administrativos celebrados, sob pena de violação ao princípio da harmonia entre os poderes (ADI 2.733, rel. min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ de 3/2/2006).

Além disso, a possibilidade de quebra do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão impõe elevado ônus não só às concessionárias e ao poder concedente, mas também aos usuários, colocando em risco a adequada prestação do serviço (cf. STA 280, rel. min. Gilmar Mendes; SL 251, rel. min Gilmar Mendes; SL 216, rel. min. Ellen Gracie, Pet.2.242, min. Carlos Velloso).

Tendo isso em vista, é imperioso que o Poder Judiciário tenha uma postura de deferência pelas escolhas técnicas realizadas pela Administração. Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em caso que bem se amolda à presente hipótese. Tra-

ta-se do julgamento no AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, relatado pela ministra Laurita Vaz, com julgamento em 7/6/2017, em que a Corte assentou que os órgãos judiciais estão impedidos de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais NÃO têm a *expertise* para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos⁹.

Em recente precedente, o ministro Luiz Fux teceu importantes considerações sobre **a necessidade de o Poder Judiciário respeitar a capacidade institucional do Poder Executivo acerca de decisões administrativas complexas**. Eis o teor de trechos do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955, julgado em 28/5/2019:

“[...] Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na **(i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.**

Em primeiro lugar, a natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. Decerto, a Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos próprios à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuatadamente complexos (VERMEULE, Adrian. Judging under uncertainty: An institutional theory of

9 “(...) segundo a doutrina Chenery – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, **as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos.** Em tradução livre, a assertiva acima inferem-se da lição original em língua inglesa, da qual extraio o seguinte fragmento:

*The Chenery doctrine forbids a reviewing court to uphold administrative action on a rationale different from that of the agency (typically a rationale advanced by the agency's lawyers in defending its decision in the reviewing court). This doctrine can be understood as a recognition of the political character of administrative adjudication. If the agency were thought to be engaged simply in a search for truth, it would be appropriate for the reviewing court to uphold the agency's decision on any ground that made sense to the court; presumably the agency would embrace that ground. But if the real springs of agency decision-making are political, it will be difficult for the court to predict whether the agency would adopt the suggested ground. Of course the Chenery doctrine would also make sense if agencies dealt with such difficult subject matter that courts could not tell whether a proposed rationale was right. Sometimes they do, but the doctrine is applied regardless of how technical or complex the issue is.’ (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, **as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.**”*

legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248-251). Ade- mais, a intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.

(...) Irretocável, portanto, o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, que assentou a impossibilidade de revisão judicial do mérito de decisão administrativa proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, visto que a análise jurisdicional deve cingir-se à questões de legalidade ou abusividade do ato administrativo” (RE 1083955 AgR, relator(a): min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 2805/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122, DIVULG. 6/6/2019, PUBLIC. 7/6/2019).

Nessa mesma linha, o e. TJSP se posiciona ao avaliar a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas complexas:

- TJSP; Agravo Regimental Cível 2148587-42.2014.8.26.0000; relator (a): José Renato Nalini; Órgão Julgador: **Órgão Especial**; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/10/2014; Data de Registro: 17/10/2014.
- TJSP; Apelação Cível 1004149-48.2018.8.26.0048; relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: **10ª Câmara de Direito Público**; Foro de Atibaia - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 2/3/2020; Data de Registro: 2/3/2020.
- TJSP; Apelação Cível 1014065-17.2016.8.26.0068; relator (a): Luís Francisco Aguilari Cortez; Órgão Julgador: **1ª Câmara de Direito Público**; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/10/2019; Data de Registro: 23/10/2019.

Portanto, diante da complexidade das escolhas regulatórias e da recíproca interação entre as cláusulas contratuais, deve o Poder Judiciário abster-se de interferir nas escolhas técnicas da Administração, em especial no caso de alocação de riscos de um contrato de longo prazo para cuja política desenhada contempla exatamente a impossibilidade de o estado financiar os projetos.

É importante ressaltar que todos os parceiros privados (concessionários) que atuam em conjunto com a Administração Pública Estadual conhecem (ou deveriam conhecer) o “Manual de Parcerias do Estado de São Paulo”¹⁰, documento em que claramente se expli-

10 Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>

citam os grupos de riscos de grandes projetos de infraestrutura¹¹. Riscos de projeto de engenharia¹², riscos de construção/implantação¹³, riscos ambientais¹⁴, riscos políticos e sociais¹⁵, riscos operacionais¹⁶, **riscos econômico-financeiros**¹⁷, riscos jurídicos¹⁸, riscos tecnológicos¹⁹ etc., todos estão bem-descritos e aqueles que se engajam em uma contratação desse porte estão (ou deveriam estar) a par das regras do jogo.

Entre os riscos econômico-financeiros é importante destacar **o risco de financiamento**, expressamente destacado no manual:

-
- 11 Define-se risco como todo e qualquer evento futuro que, caso se confirme, possa trazer impacto - positivo ou negativo - aos objetivos previamente delineados. Enquanto os impactos negativos resultam da concretização de ameaças de não cumprimento do que foi planejado, os impactos positivos são advindos de oportunidades de melhoria capturadas e executadas. Em termos econômicos, um risco traduz uma incerteza, um elemento de imponderabilidade sobre eventos futuros relativos às relações econômicas e que acaba funcionando tanto como freio quanto como incentivador do mercado produtivo. Do ponto de vista da teoria dos contratos, o risco é uma atribuição de responsabilidade contratual a uma determinada parte, a qual cabe se responsabilizar ou assumir seus efeitos de determinado evento ou ação. (<http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>)
 - 12 Risco do projeto não ser adequado para o provimento dos serviços na qualidade, quantidade e custo definidos bem como de ser alterado por solicitação do poder concedente ou iniciativa do agente privado.
 - 13 Risco de acontecerem eventos ao longo da implantação que obstaculizem o cumprimento dos prazos ou que aumentem os custos de construção, como: (i) risco de que o parceiro privado não consiga título legal adequado para iniciar a implantação do projeto na área selecionada; (ii) riscos relacionados à condução de processos de desapropriação, que vão desde a eventual impossibilidade de obter a desocupação das áreas desapropriadas ou invadidas, até os custos com reassentamentos; (iii) riscos geológico/arqueológico; (iv) interferências (identificação de custos) e (v) riscos relacionados à situação dos ativos existentes e à tecnologia empregada na obra.
 - 14 Riscos relativos à possibilidade de o local do projeto estar contaminado, exigindo atividades significativas para remediá-lo ou, ainda, risco de poluição de terrenos adjacentes ao local do empreendimento; ou, ainda, risco de impossibilidade/atraso na obtenção do licenciamento ambiental.
 - 15 Riscos relacionados à encampação, suspensão da cobrança de tarifas por parte do poder concedente, manifestações públicas contra a cobrança de tarifa.
 - 16 Relativos a (i) falhas na operação e manutenção do projeto e correspondentes perdas de receitas, penalidades ou indenizações; (ii) risco da demanda pelos serviços ser inferior ou superior à estimada.
 - 17 Riscos que afetam as receitas do parceiro privado (por ex., falta de retorno econômico dos investimentos realizados) e riscos relacionados ao financiamento do projeto, como o risco de o capital para implantar o projeto não estar disponível no mercado nos montantes e condições programados.
 - 18 Relacionados a demoras em processos judiciais, por exemplo, em ações de desapropriações de áreas destinadas à implantação do projeto.
 - 19 Risco de a prestação do serviço, em virtude da obsolescência tecnológica, tornar-se ineficaz, implicando prejuízo aos usuários ou ao poder concedente.

da demanda pelos serviços ser inferior ou superior à estimada.

Econômico-Financeiros

Riscos que afetam as receitas do parceiro privado (por ex., falta de retorno econômico dos investimentos realizados) e riscos relacionados ao financiamento do projeto, como o risco de o capital para implantar o projeto não estar disponível no mercado nos montantes e condições programados.



Jurídicos

Relacionados a demoras em processos judiciais, por exemplo, em ações de

Portanto, chega a ser surpreendente que se venha a juízo defender a tese de que o poder concedente responda por riscos de financiamento de concessões, mormente quando o instituto da concessão se presta a justamente viabilizar o uso de recursos privados na expansão da infraestrutura pública. Isto é: o Poder Público opta por conceder a infraestrutura justamente porque não que usar recursos do orçamento público para essa atividade (premissa inerente a um programa de desestatização), mas os autores – insatisfeitos com o fracasso do arranjo contratual estabelecido com seus financiadores (debenturistas) pretendem repassar ao estado os custos de sua incompetência – fraudando o objetivo do contrato de concessão e toda a política pública desenhada para o setor.

Ademais, como acima dito, uma regra básica é a de que o reequilíbrio de contratos de concessão existe para operacionalizar compensações de uma a outra parte do contrato na ocorrência de eventos que (i) configuram risco atribuídos a uma parte do contrato, mas que (ii) impactem, de uma perspectiva econômica e/ou financeira, a outra.

Como acima destacado, o reequilíbrio somente pode ser dado se juridicamente houver desequilíbrio. Juridicamente, o contrato não pode ser considerado desequilibrado se a parte a quem foi alocado o risco é a mesma parte que sofre as consequências (econômico-financeiras) da materialização do evento previsível ou imprevisível que lhe foi atribuído (artigos 2º, II²⁰, e 10²¹ da Lei nº 8.987/1995).

Alterar a regra de alocação dos riscos pela via judicial frustrará, inclusive, os objetivos da licitação, pois, se os concorrentes da parte autora soubessem que o Poder Judiciário alteraria a matriz de riscos do contrato para privilegiar a concessio-

20 “Art.2º: II - Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;”

21 “Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

nária que tivesse de lidar com o risco de financiamento, provavelmente teriam dado lances mais agressivos no processo licitatório.

Maurício Portugal Ribeiro – advogado e professor da FGV especialista em estruturação de projetos de concessão – explica que a alocação de riscos influencia diretamente no valor da proposta apresentada pelas licitantes, uma vez que as empresas participantes do certame fazem (ou deveriam fazer) o provisionamento do valor necessário para lidar com a eventual materialização do risco²².

Portanto, ao optar, na forma da lei, por transferir os riscos de financiamento ao concessionário, o Poder Público sinalizou aos participantes da licitação que eles deveriam provisionar recursos suficientes para lidar com a materialização dessa eventualidade. Se o risco não se materializasse, ele viraria lucro para a concessionária. Se ocorresse, deveria a concessionária lidar com ele.

É importante destacar que o estado de São Paulo não tem participação na construção das cláusulas do contrato de financiamento via debêntures de infraestrutura, de modo que não pode responder por custos com antecipação de prêmio e de assessoria jurídica. Essa “transferência de custos” travestida de pleito de reequilíbrio não obedece à lógica de um contrato de concessão de longo prazo no qual expressamente o risco de financiamento é alocado ao concessionário.

Destaque-se que alterar a alocação de riscos e a equação econômico-financeira por meio da aplicação da tese das “*sujeições imprevistas*” ou da “*onerosidade excessiva*” seria o mesmo que ignorar a discriminação de riscos feita no contrato e toda a lógica do procedimento licitatório realizado. Em verdade, avaliar-se-ia um comportamento oportunista que tem como objetivo fraudar o processo licitatório pela via judicial, afastando o dever da contratada de tomar as medidas pertinentes para prevenir-se ou para mitigar os riscos inerentes à operação e ao financiamento de uma infraestrutura de grande porte (rodovia).

O Poder Judiciário não pode ser instrumento de fraude à licitação ou avalista de condutas oportunistas, criando incertezas jurídicas em relações jurídico-contratuais complexas firmadas por grandes grupos econômicos com o estado. O respeito aos contratos é fundamental para o desenvolvimento da infraestrutura paulista, de modo

22 <<http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/10-anos-lei-ppps-20anos-lei-concessoes.pdf>>

que o reconhecimento judicial de que um risco alocado contratualmente a uma parte pode ser **invertido** por alegações de variação de custo de captação de financiamento gera um péssimo cenário para as contratações públicas, atraindo agentes de mercado que somente especulam e que não adotam boas práticas na execução dos contratos. Os usuários das rodovias não podem compartilhar com as concessionárias os prejuízos decorrentes de suas más escolhas de financiamento, mormente porque não tiveram qualquer participação na elaboração desses contratos. Se alguém tem de responder por esse custo é a sociedade empresária que tomou o empréstimo e seus acionistas controladores, as quais participaram ou adquiriram a concessionária sabendo da existência do contrato firmado com os debenturistas.

Outrossim, é importante destacar que (i) não se aplica aos contratos de concessão a teoria da onerosidade excessiva na forma como previsto no Código Civil e, (ii) ainda que fosse aplicável esta teoria, não incidiria para prestigiar a parte autora no presente caso.

Quanto à não aplicabilidade, essa se justifica porque as normas especiais dos contratos de concessão da Lei nº 8.987/1995 derogam **normas gerais do Código Civil**. Há normas específicas (artigos 2º e 10 da Lei de Concessões) que atribuem ao contrato de concessão (i) a definição do que é desequilíbrio contratual e (ii) as hipóteses de reequilíbrio. Essas normas atribuem ao contrato a regulação dos mecanismos de revisão da forma de remuneração do contratado (no caso, revisão tarifária). **Esses institutos são incompatíveis com a aplicação da teoria civil da onerosidade excessiva, seja para revisão seja para resolução do contrato (as hipóteses de extinção estão legalmente previstas no artigo 35 da Lei nº 8.987/1995).**

No mais, *ainda que se entendesse pela aplicação das regras do Código Civil*, essas não prestigiarão a parte autora. Sobre a revisão ou resolução de contratos por onerosidade excessiva, o Código Civil prevê as seguintes disposições:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

[...]

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Essas duas normas regulam uma excepcional intervenção no domínio dos contratos, permitindo a resolução ou a revisão **se os fatos supervenientes extrapolarem os riscos próprios ao negócio.**

Requer-se, para intervir no contrato, uma análise da conjuntura do mercado (ambiente de estabilidade ou risco), da qualificação das partes (se civis ou empresários), a extensão temporal (contratos longevos ou de curta duração) e a especificidade dos fatos supervenientes, ou seja, se são frequentes ou raros²³.

Não por outra razão, o Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 438, o qual propugna que se deve levar em consideração a **sofisticação dos contratantes e a alocação dos riscos feita nos contratos:**

A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á **a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos** por eles assumidas com o contrato. (V Jornada de Direito Civil, 2011)

No presente caso, não há dúvidas de que a concessionária venceu uma licitação bastante competitiva e que pertence a grupo econômico com experiência prática no setor de infraestrutura, atendendo o critério de sofisticação. Quanto à alocação dos riscos, não há dúvidas de que o risco de financiamento foi expressamente atribuído à concessionária, conforme acima demonstrado.

Tentando construir a aplicação desta teoria aos contratos de concessão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe que juridicamente sejam obedecidos os seguintes requisitos²⁴:

(...) pode-se afirmar que são requisitos para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja:

1. imprevisível quanto à sua ocorrência ou quando as suas consequências;
2. estranho à vontade das partes;
3. inevitável;
4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

Se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração

23 Curso de Direito Civil – Volume 4 – Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, p. 664.

24 Parcerias na Administração Pública. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 125.

responda pela desídia do contratado; só o desequilíbrio muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão ou de flutuações no mercado, constituem álea ordinária não suportável pela Administração. Além disso, tem que ser fato estranho à vontade das partes: se decorrer da vontade do particular, responde sozinho pelas consequências de seu ato (...).

No presente caso, verifica-se que o fato decorre de flutuações do mercado e da vontade do particular, tendo em vista que decidiu emitir as debêntures com cláusula de vencimento antecipado e decidiu pagar prêmios para evitar o vencimento, sendo certo que não se aplica a teoria da imprevisão.

Outro fator relevante para que se aplique a teoria da onerosidade excessiva para viabilizar a revisão contratual é a extrema vantagem para a outra parte, o que não restou demonstrado no presente feito. Portanto, sob qualquer ótica que se afira a questão, verifica-se seu completo descabimento.

D. DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Em ação ajuizada pela Concessionária do Rodoanel Oeste S.A., com pedido de recomposição econômico-financeira do contrato, em virtude da crise financeira mundial de setembro de 2008 que causou condições de crédito mais gravosas daquelas prevista nas projeções financeiras da proposta, a ação foi julgada improcedente pela 11^a Vara da Fazenda Pública. De acordo com a r. sentença:

(.....)

Esses fatos não poderiam ser ignorados pela autora, pois ao realizar seu plano de negócios, ela já tinha em mente que a ré não se responsabilizaria pelos financiamentos, tanto que seria mantida a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações, ainda que a autora não obtivesse tais empréstimos, nos expressos termos da cláusula 15.1, daí soar inconsistente a ideia de que contraiu empréstimos externos estimulada pela ré (fls. 865).

A avaliação dos riscos por parte da autora entretanto deve ser contemporizada pela cláusula 23.1, e seu inciso III, pois ali se assegura a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em especial na ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiros e cambial, que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados na elaboração das projeções financeiras, desde que tais eventos não sejam passíveis de serem cobertos por mecanismos efetivamente disponíveis no mercado nacional ou internacional, a custos razoáveis (fls. 868/869).

O contrato admite uma oscilação de ganho e perda, até porque não é estanque, mas sim se sujeita às circunstâncias externas, pois está inserido em um ambiente, de modo que quando esta força incontornável movimentar o equilíbrio da cláusula econômico-financeira, será sempre necessário verificar se esta oscilação ocorreu dentro de um grau de razoabilidade aceitável, a merecer relevo a ocorrência apenas se de algum modo foi afrontada a equivalência da álea econômica.

O Poder Público se sujeita a remunerar o particular, mas dentro de uma ideia de custo da prestação e o lucro que a ele corresponder.

(...)

Dentro dessas noções, cabe verificar até que ponto as condições externas do contrato, de fato teriam movimentado o equilíbrio acima de níveis razoáveis, a se levar em conta a tese da autora, no sentido de terem ocorrido fatos imprevisíveis à época da proposta, ou ainda que previsíveis, de consequências incalculáveis.

Como bem defende a ré, o Poder Público não pode interferir nas negociações privadas da concessionária, daí a inviabilidade de se empregar a Taxa Interna de Retorno (TIR) dos acionistas, como a baliza para o reequilíbrio econômico-financeiro, ou em outros termos, o que a empresa entendeu que seria a taxa de remuneração dos sócios não pode ser assegurada pelo Poder Público.

(...)

As decisões empresariais de financiamento e alavancagem financeira adotadas pela autora não vão alterar a taxa interna de retorno, protegida normativamente e contratualmente, uma vez que tais custos lhe foram originalmente imputados por conta da concessão.

(Processo nº 0048584-90.2010.8.26.0053, data da publicação: 4/7/2011).

A 4ª Câmara de Direito Público do e. Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a sentença de improcedência, de acordo com a ementa a seguir exposta:

CONTRATO ADMINISTRATIVO CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DO TRECHO OESTE DO RODOANEL MÁRIO COVAS - **PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DA FAZENDA DO ESTADO À RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO AJUSTE EM VIRTUDE DA QUEDA DA TIR DOS ACIONISTAS DECORRENTE DA CRISE FINANCEIRA DE SETEMBRO/2008 - INADMISSIBILIDADE** - NECESSIDADE DE ADOÇÃO DA TIR DO PROJETO COMO PARÂMETRO PARA A FIXAÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA - AÇÃO IMPROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA. (TJSP; Apelação Cível 0048584-90.2010.8.26.0053; relator (a): Ricardo Feitosa; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 4/8/2014; Data de Registro: 6/8/2014) (g.n.)

Em caso que versava sobre equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo em razão de crise econômica e aumento de preços, a 4ª Câmara de Direito Público do e. TJSP manteve sentença de improcedência, sob o fundamento de que a oscilação de mercado não consiste em evento imprevisível:

APELAÇÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PEDIDO ADMINISTRATIVO DE REEQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO – ENTREGA DE CESTAS BÁSICAS PARA O MUNICÍPIO – AUMENTO DE PREÇOS DOS PRODUTOS – Pretensão da autora ao recebimento de indenização referente ao indeferimento da revisão de preços pleiteada perante à Fazenda Municipal, nos termos do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93 – Preliminar: cerceamento do direito de defesa – inocorrência – suficiência de instrução do feito – Mérito: alegação de crise econômica intensa no país, que causou o aumento absurdo das mercadorias que compõem a cesta básica objeto do contrato – descabimento – hipótese em que se cuida de evento esperado e corriqueiro em uma economia como o Brasil, que possui ampla concorrência e possui câmbio fluante, não tendo sido demonstrada a ocorrência de álea extraordinária – ausência de justificativa razoável apta a elidir a responsabilidade do contratado em prever noções de risco de mercado – empresa que atua no ramo há considerável tempo – sentença mantida. Recurso da autora improvido. (TJSP; Apelação Cível 0003979-34.2013.8.26.0577; relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/2/2017; Data de Registro: 23/2/2017)

Confira-se a seguir julgados do e. TJSP em que se entendeu que a variação cambial não consiste em álea extraordinária, por se tratar de evento esperado e corriqueiro:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. Alteração. Pretensão da requerida à reforma da r. sentença que determinou o ressarcimento de valores pagos em razão de variação cambial. Descabimento. Hipótese em que se cuida de evento esperado e corriqueiro em uma economia onde vigora câmbio fluante, não tendo sido demonstrada a ocorrência de álea extraordinária. Art. 65, II, d, § 8º, da Lei nº 8.666/93. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 0000035-07.2007.8.26.0586; Relator (a): Jarbas Gomes; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de São Roque - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 4/2/2015; Data de Registro: 4/2/2015)

ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. Pregão Melhor preço por item - Pedido de revisão contratual ofertado por licitante vencedora antes da formalização do contrato administrativo. Impossibilidade no caso. Argumento de variação cambial em decorrência de crise política vivenciada nos bastidores do Ministério da Fazenda. Evento que não se enquadra nas hipóteses autorizadas pelo art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93. Risco empresarial previsível. Inadimplemento configurado. Legalidade e legitimidade das sanções impostas. Precedente - Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 0007616-52.2009.8.26.0053; relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/11/2012; Data de Registro: 29/11/2012)

CONTRATO ADMINISTRATIVO. Indenização por desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do aumento de despesas indiretas por conta das prorrogações contratuais, e da alteração inesperada da política cambial (teoria da imprevisão). INVIABILIDADE. Aditivos ao contrato que, segundo a perícia, prorrogaram por três meses a execução

dos serviços, lapso muito pequeno para causar impacto nas despesas indiretas. A variação cambial, por si só, não caracteriza imprevisibilidade. Ausência de prova das alegações. Correção monetária devida a partir do 30º dia das medições. Juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação. Provimento parcial a todos os recursos. (TJSP; Apelação Cível 9088045-12.2009.8.26.0000; relator (a): Oliveira Santos; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara; Data do Julgamento: 1º/3/2010; Data de Registro: 19/3/2010)

E. DOS VALORES A SER RECOMPOSTOS

A concessionária requereu a condenação das requeridas a recompor o equilíbrio do contrato nos valores requeridos no pleito administrativo: R\$ 16.198.170,30.

Tal quantia consiste no prêmio pago aos debenturistas e nas despesas com as assessorias financeira e jurídica envolvidas:

Descrição	Valor R\$
Prêmio aos debenturistas	1.588.106,14
Comissão assessoria financeira	5.976.271,11
Assessoria jurídica + impostos	26.005,16
Total	7.590.382,41

Descrição	Valor R\$
Prêmio aos debenturistas	8.253.994,97
Comissão assessoria financeira	940.785,83
Assessoria jurídica + impostos	13.007,09
Total	9.207.787,89

Dessa forma, na remota hipótese na ação ser julgada procedente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato **deve ser restrita ao valor do prêmio pago aos debenturistas**.

Com efeito, não cabe recompor valores referentes às assessorias financeira e jurídica, porque as requeridas não fizeram parte do contrato de prestação de serviços.

Os valores pagos aos profissionais que prestaram às assessorias possuem natureza obrigacional, de maneira que apenas vinculam os seus signatários.

Nesse sentido, a jurisprudência do e. TJSP:

(...) HONORÁRIOS CONTRATUAIS - Pretensão de ressarcimento das despesas com advogado. IMPOSSIBILIDADE: Não se pode vincular ao contrato de prestação de serviços advocatícios terceiro que dele não participou. A contratação é inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais do contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça (...). (TJSP; Apelação Cível 1005687-57.2017.8.26.0482; relator (a): Israel Góes dos Anjos; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/8/2018; Data de Registro: 31/8/2018)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (...) Autor que apela buscando a reforma parcial da sentença, insistindo na devolução em dobro do valor pago, na condenação ao pagamento das despesas com advogado, lucros cessantes e indenização por danos morais - Devolução em dobro do valor pago que não encontra previsão legal - Lucros cessantes que não foram expressamente solicitados no pedido inicial e sequer foram comprovados nos autos - **Reembolso de honorários contratuais bem afastado - Entendimento pacificado nesta Colenda Câmara no sentido de que tal verba não integra os danos materiais** - (...). (TJSP; Apelação Cível 0000112-05.2014.8.26.0187; relator (a): José Augusto Genofre Martins; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Fartura - Vara Única; Data do Julgamento: 6/2/2018; Data de Registro: 7/2/2018)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. pedido de indenização por danos morais e tutela antecipada - (...) **DANOS MATERIAIS - Despesas com contratação de advogado - Inadmissibilidade de reembolso dos honorários advocatícios contratuais, tendo em vista o caráter obrigacional vinculante apenas entre seus signatários** (...). (TJSP; Apelação Cível 4000173-75.2013.8.26.0009; relator (a): Carlos Nunes; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IX - Vila Prudente - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/4/2017; Data de Registro: 11/4/2017)

No mesmo sentido, o entendimento do c. STJ: “*A Corte Especial e a Segunda Seção do STJ já se pronunciaram no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. Precedentes: EREsp. 1.507.864/RS, relatora Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/4/2016, DJe 11/5/2016 e EREsp 1.155.527/MG, rel. ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/6/2012, DJe 28/6/2012*” (AgInt no AREsp 1254623/MG, rel. ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/6/2019, DJe 28/6/2019).

Assim, não se mostra razoável imputar o débito de escolhas particulares da concessionária ao Poder Público, mormente em relação a valores obscuros e definidos sem sua intervenção.

F. DA ATUALIZAÇÃO DOS VALORES

Eventualmente declarado o direito ao ressarcimento, o que se admite apenas por argumentação, a esse deve ser atribuída natureza meramente indenizatória, devendo ao valor apurado ser aplicado os critérios legais de juros e atualização monetária constantes da legislação em vigor.

De acordo com o artigo 1º da Lei federal nº 9.494/1997:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009) (Vide Adin 5348 - Decisão do STF declaração parcial de inconstitucionalidade).

Na linha da ADI 5.348²⁵ e do Tema 810²⁶, para fins de remuneração do capital e compensação da mora de todas as condenações impostas à Fazenda Pública deve-se aplicar os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. Quanto à correção monetária, aplica-se o IPCA-e.

Assim, com a propositura da demanda, eventual débito será judicial e, com isso, o cálculo da atualização monetária e dos juros de mora passa a considerar os índices utilizados para as demandas em geral em que a Fazenda Pública é ré.

Ademais, há significativas diferenças no valor pretendido caso seja aplicado um critério ou outro.

A indenização do valor equivalente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato implica remunerá-lo, igualmente, pela taxa interna anual de retorno do contrato, a qual foi fixada, no momento da apresentação do plano de negócios da concessionária.

25 O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, alterado pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que se estabelece a aplicação dos índices da caderneta de poupança como critério de atualização monetária nas condenações da Fazenda Pública, nos termos do voto da relatora, vencido o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 1º/11/2019 a 8/11/2019.

26 “[...]; II - O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. (RE 870.947, relator(a): min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/9/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-262, DIVULG. 17/11/2017, PUBLIC. 20/11/2017)

Ou seja, a remuneração que a concessionária projetou auferir com o negócio à época da elaboração de sua proposta, já descontada a inflação, está representada em tal porcentagem.

A metodologia estabelecida contratualmente garante que, quando do reequilíbrio econômico do contrato em favor da concessionária, sejam mantidas as condições que lhe permitam alcançar tal remuneração, o que resultaria em flagrante enriquecimento indevido, visto que o investimento que ensejou o pedido decorre de obrigação prevista no contrato de concessão.

Admitir o contrário implicaria conferir ganhos estratosféricos e desarrazoados à concessionária, representados na elevada taxa interna de retorno do contrato.

Cumpra esclarecer, nesse ponto, que a Artesp, com frequência, se depara com casos em que é necessário proceder à alteração unilateral do contrato para inclusão de novos investimentos, o que pode ensejar a recomposição econômico-financeira do contrato em prol da concessionária. Contudo, a economicidade de tal conduta, caso aplicados os critérios contratualmente definidos, esbarraria na alta taxa interna de retorno anual estabelecida para a concessão.

Assim, para garantir que a inclusão de novos investimentos nos contratos não trouxesse prejuízo aos cofres públicos, a Artesp estabeleceu, por meio da Resolução Artesp 01/2013, que tal procedimento somente seria feito caso a concessionária concordasse que os novos investimentos seriam remunerados, não pela taxa interna de retorno do contrato, mas sim por nova taxa condizente com o momento econômico em que tais investimentos forem incluídos nos contratos.

Essa sistemática é denominada tecnicamente de “fluxo de caixa marginal”, justamente porque o reequilíbrio não é calculado com base no “fluxo de caixa original” da proposta (aí inclusa a taxa de retorno contratual), mas sim a partir de um fluxo de caixa próprio (“marginal”) que conterà taxa de retorno apropriado para a época.

Assim, caso se conclua que alguma reparação deve ser conferida à concessionária, esta deve ser balizada apenas como indenização aos custos extras suportados pela concessionária, e não como um direito ao reequilíbrio contratual.

Logo, caso não seja determinada a correção do valor pelos critérios previstos legalmente para indenização por parte do poder público, requer-se que eventual reequilíbrio contratual seja feito pela metodologia prevista na Resolução Artesp 01/2013, a qual resultará na aplicação de uma taxa de retorno condizente com o momento econômico atual.

3. REQUERIMENTO FINAL

Diante do exposto, requer-se seja julgada improcedente a ação proposta, condenando-se os autores a arcar com os ônus da sucumbência.

Subsidiariamente, pugna-se para que o valor do desequilíbrio se restrinja ao montante adiantado a título de prêmio aos debenturistas, devendo o montante ser atualizado na forma da Lei nº 11.960/09 ou, se não acolhido esse último pedido, observando-se a metodologia do fluxo de caixa marginal.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

GRAZIELLA MOLITERNI BENVENUTI

Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 319.584

LUCAS LEITE ALVES

Procurador do Estado
OAB/SP Nº 329.911

SENTENÇA

Processo nº: **1065799-47.2019.8.26.0053**
Classe-Assunto: **Procedimento Comum Cível - Equilíbrio Financeiro**
Requerente: **Concessionária Rota das Bandeiras S.A.**
Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outro**

Juíza de Direito: **ALINE APARECIDA DE MIRANDA**

Vistos.

Trata-se de ação promovida por CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A. em face de FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO Artesp. Sustenta, em síntese, a celebração de Contrato de Concessão nº 003/Artesp/2009 com o objeto de exploração do sistema rodoviário correspondente ao corredor Dom Pedro I, referente ao Lote 07 do “Programa de Concessões Rodoviárias”. Argumenta que, quando da formulação da proposta comercial, o país estava vivenciando um período de desenvolvimento crescente da economia, porém o cenário se deteriorou, havendo o rebaixamento da classificação do “Risco Brasil” em decorrência da forte recessão econômica. Por consequência da ausência de investimentos no país e da situação de crédito, teve sua nota rebaixada, exclusivamente pelos fatos expostos, alheios à ingerência da Companhia. Alega, assim, ter arcado com custos imprevistos, consistentes no pagamento de prêmio de 0,10% e 0,50% sobre o saldo atualizado de debêntures – cuja possibilidade de emissão é considerada na proposta comercial – a fim de evitar a declaração de vencimento antecipado. Requer o reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, condenando os réus ao pagamento de indenização pelos prejuízos suportados, de acordo com os valores requeridos no pleito administrativo.

Citados, os réus contestaram, impugnando o valor da causa. No mérito, sustentaram, em resumo, que a requerente, até maio de 2019, tinha como controladora a Odebrecht Rodovias S.A., o que contribuiu para o rebaixamento da nota, em virtude

dos escândalos do Grupo Odebrecht. Teceram considerações acerca da impossibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro e da inaplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva ao contrato de cessão (fls. 247/288).

Sobreveio réplica (fls. 848/870). É o relatório.

Fundamento e decido.

A ação comporta julgamento no estado em que se encontra, pois a controvérsia que remanesce é de direito e os fatos invocados pela autora estão bem demonstrados. Basta, pois, analisar se as alterações invocadas pela autora são aptas a fundamentar o reequilíbrio econômico-financeiro pretendido.

Eventual dilação probatória não traria aos autos novos elementos aptos a modificar o desfecho de julgamento que se apresentará.

De início, acolho a impugnação do valor atribuído à causa. O pedido autoral consiste na condenação dos réus à recomposição nos valores requeridos no pleito administrativo, devendo o valor da causa corresponder a esses. O Valor Presente Líquido requerido pela parte autora, à fl. 163, foi de R\$ 3.254.604,38. A ré apresentou cálculos da atualização (fl. 293), não havendo impugnação destes pela autora. Determino, então, a retificação para que conste R\$ 32.569.384,95. Anote-se.

No mérito, o pedido é improcedente.

Sabe-se que a disciplina dos contratos administrativos *“compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e à Administração o dever de rever o preço quando, em decorrência de ato estatal (produzido ou não à vista da relação contratual), de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato”* (Carlos Ari Sundfeld. Licitação e contrato administrativo, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 239).

É dizer, o equilíbrio econômico-financeiro, criação do Conselho de Estado Francês, importa na combinação econômica realizada entre concedente e concessionário sobre uma correlação entre o que o concessionário tem expectativa de receber e aquilo que o concessionário se compromete a gastar, em cenário de expectativa de resultado e de obrigações econômicas assumidas.

“Para parcela significativa da doutrina brasileira, a preservação desse equilíbrio ao longo da execução do contrato é garantia prevista constitucionalmente. Decorre da previsão contida no art. 37, XXI, da CF, que, ao mesmo tempo em que impôs o dever de licitar à Administração, também lhe obrigou a inscrever em seus contratos ‘cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei’” (CÂMARA, Jacintho Arruda, in *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro, p. 343).

Servindo a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro a ambos os contratantes, lícito deflagrar o procedimento com vistas à revisão da remuneração para o caso de a realidade fenomênica divergir da previsão contratual.

A Lei federal nº 8.987/95, ao regulamentar os contratos de concessão de serviços públicos e obras públicas, dispôs:

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

No caso em tela, a cláusula 22 do Termo de contrato, prevê expressamente:

22.1. A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade

pelos riscos inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO.

(...)

22.3 Variações de custo decorrentes das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS apresentado na PROPOSTA não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA sua correta avaliação (fl. 71)”

Foi estipulado, ainda, na cláusula 15, o seguinte:

15.1. A CONCESSIONÁRIA é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento dos serviços abrangidos pela CONCESSÃO, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, todas as obrigações assumidas neste CONTRATO” (fl. 67).

A autora, ao emitir debêntures, assumiu o risco inerente à atividade financeira, não podendo atribuir responsabilidade aos réus dos prejuízos sofridos. Prevalece, aqui, o princípio da *pacta sunt servanda*. Deve-se observar a obrigação contratual assumida.

Não há de se falar, ainda, em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em virtude da ocorrência de evento excepcional, conforme previsto na cláusula 23 (fl. 71), tampouco de alteração das condições originais do ajuste, porquanto as

variações da economia e das notas de avaliação do país são perfeitamente comuns, cujo risco deve ser levado em conta quando da elaboração do pacto de longo prazo. O ciclo de alta e baixa da economia é constante e esperado, inexistindo configuração de álea econômica extraordinária.

É de se destacar expressivo lapso temporal decorrido entre a proposta inicial, apresentada no ano de 2008, e a aprovação do pagamento a que se busca ressarcimento, em 30/5/2016 (fl. 07), estando de acordo com a normalidade a variação dos índices de remuneração e das notas de avaliação de empresas ao passar de vários anos.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE o pedido**. Arcará a autora com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios da parte contrária, fixados nas faixas mínimas do art. 85, § 3º, do CPC sobre o valor atualizado da causa.

P.I.C.

São Paulo, 19 de junho de 2020.