



Consultoria Jurídica da Secretaria de Transportes Metropolitanos

CONSULTORIA JURÍDICA DA SECRETARIA DE TRANSPORTES METROPOLITANOS

PROCESSO Nº: STM SPDOC - 1727029/2018

INTERESSADO: COMISSÃO DE MONITORAMENTO DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES - CMCPA

PARECER: CJ/STM Nº 2/2019

EMENTA:

CONTRATO. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. Concessão Patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja de Metrô de São Paulo, contemplando implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação manutenção e expansão. Dúvida quanto à conceituação de bens como reversíveis na hipótese de caducidade. Consulta feita em tese. Impossibilidade de fixação de diretrizes gerais, dada a insuficiência de dados sobre os instrumentos contratuais, celebrados pela Concessionária, para a execução das obras. Necessidade de futura nova análise a respeito de cada bem, cumpridas as diligências recomendadas neste parecer. Conceituação de bens vinculados à concessão, bens reversíveis e bens particulares da concessão. Indispensabilidade de observância das regras contratuais e da modelagem econômico-financeira da concessão para a caracterização de um bem como reversível. Regras contratuais idealizadas para a caracterização de bens reversíveis, ao menos, após o início da prestação do serviço público de transporte de passageiros. Dificuldade na conceituação de bens reversíveis em face das disposições contratuais e da não conclusão das obras. Certeza da reversibilidade dos imóveis desapropriados e das melhorias a eles incorporadas definitivamente. Diretrizes a respeito da possível utilização de bens vinculados à Concessão, porém não reversíveis, pelo Poder Concedente. Comentários a respeito da possibilidade de manutenção de contratos da Concessionária com terceiros. Recomendação de novas diligências como condição para futuras consultas a respeito do tema.

1. Vêm os autos a esta Consultoria Jurídica, conforme encaminhamento da Chefia de Gabinete (fls. 34), para que se manifeste quanto ao teor do Despacho CMCP nº 305/2018 (fls. 02/04), no qual a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões - CMCP relata o estágio, à época, do andamento do processo administrativo voltado à potencial decretação da caducidade do Contrato de Concessão Patrocinada nº 15/2013, celebrado com a Concessionária Move São Paulo S.A., tendo por objeto a implantação e a operação da Linha 6 do Metrô/SP.

2. Consta do Despacho supramencionado que, em 6 de dezembro de 2018, data do Despacho CMCP nº 305/2018, o processo de caducidade se encontrava em fase final, já tendo sido aplicadas à Concessionária penalidades que somavam o montante de R\$ 186.104.818,55 (cento e oitenta e seis milhões, cento e quatro mil, oitocentos e dezoito reais e cinquenta e cinco centavos).

3. Informa-se, ainda, que, conforme previsto na Cláusula 45.6 do Contrato de Concessão, “com a decretação da caducidade da Concessão deverão ser apuradas as indenizações devidas de parte a parte, incluindo o valor das multas aplicadas e não adimplidas, bem como os danos causados ao Poder Concedente”, o que demandaria uma especificação de quais os bens que, contratualmente, devem ser tidos por reversíveis.

4. Sob este contexto, foi elaborada a Nota Técnica CMCP nº 113/2018 (fls. 05/14), na qual são arroladas as cláusulas contratuais pertinentes ao assunto debatido, concluindo que, em razão do disposto nas Cláusulas 45.5, 33.2 e 32.1, “decretada a Caducidade se dará a imissão na posse, por parte do Poder Concedente, dos ‘bens reversíveis’, direitos e privilégios, podendo o Poder Concedente sub-rogar-se nos contratos vigentes de seu interesse”, julgando necessário definir o que deve ser tido por reversível “por ser aspecto preponderante na avaliação dos recursos que o Poder Concedente deverá dispor para a assunção do empreendimento, tanto nos aspectos tocantes à segurança e vigilância patrimonial quanto sob o ponto de vista de ações de caráter técnico, envolvendo as obras e equipamentos/recursos existentes e de sua propriedade e responsabilidade a partir de então. Esta definição também irá pautar futuro processo de indenização ou ressarcimento das partes”.

5. Na sequência, após apontar para o conceito de “bens reversíveis” trazido pela Cláusula 32.1.1 do Contrato¹, entendendo-os como aqueles “indispensáveis à continuidade da prestação do serviço”, a CMCP descreve as condições em que se encontra o empreendimento, ora paralisado:

- (i) Unidades construtivas com imóveis desapropriados, diversos imóveis a demolir, parte delas com imóveis demolidos ou descaracterizados;
- (ii) Unidades construtivas com canteiros e obras avançadas, com poços executados ou em execução, como, por exemplo: VSE Tietê, Freguesia do Ó, VSE Aquinos, João Paulo I, contando com equipamentos/maquinários instalados, tais como pórticos, estações de tratamento, entre outros;
- (iii) Unidades configuradas como ‘fábricas’ de insumos para a obra: destacadamente a fábrica de aduelas e a fábrica de pré-moldados;
- (iv) Ativos diversos tais como:
 - a) Aduelas fabricadas: mais de 10.000 peças armazenadas na fábrica de aduelas em Perus;
 - b) Tuneladoras (TBMs) desmontadas: as duas tuneladoras previstas para o empreendimento encontram-se abrigadas no VSE Tietê, sendo mantidas por pessoal especialmente treinado para tal, e com assessoria técnica do fabricante;
 - c) Equipamentos complementares para a operação das tuneladoras, tais como veículos, esteiras, etc.;
 - d) Canteiros com instalações prediais para as equipes de engenharia e de execução;
 - e) Veículos, mobiliário, projetos (entregues e não entregues ao Poder Concedente);
- (v) Equipes voltadas a:
 - a) Vigilância e segurança patrimonial;
 - b) Atividades técnicas para a manutenção das instalações e equipamentos, sendo algumas especializadas em razão das instrumentações de monitoramento alocadas nos canteiros com escavações.

¹ 32.1.1. Bens reversíveis são todos aqueles vinculados à CONCESSÃO, desapropriados, construídos, adquiridos, produzidos/fabricados e implantados pela CONCESSIONÁRIA (edificações/instalações, sistemas, trens, equipamentos, máquinas, componentes, sobressalentes, bens e direitos para a prestação dos serviços e outros), bem como os disponibilizados pelo PODER CONCEDENTE, e, eventualmente, por seus agentes, que se façam necessários à execução da prestação do serviço concedido.

6. Traçado este rol, e buscando interpretar a Cláusula 32.1.1 do Contrato, a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões traz algumas considerações sobre o que entende por bem reversível.

7. Em linhas gerais, propõe-se que seja tido por bem reversível:

- a) Todos os imóveis desapropriados, que tenham constado do Decreto de Utilidade Pública;
- b) Todos os bens construídos, a saber: poços construídos, poços parcialmente construídos, paredes diafragma construídas, interferências remanejadas, ajustes viários definitivos;
- c) Todos os bens que, tendo sido adquiridos, produzidos ou fabricados pela Concessionária, já tenham sido implantados nos imóveis revertidos.

8. A partir destas premissas, não seriam reversíveis, segundo a CMCP, as tuneladoras (não implantadas em qualquer imóvel, e sem previsão de entrega ao Poder Concedente, caso concluída a implantação do empreendimento), as aduelas já fabricadas (não implantadas ao longo da linha), bem como as edificações de canteiro, por representarem estruturas provisórias, sem implantação definitiva nos imóveis.

9. Sustenta, nesse sentido, que tais bens não seriam “exatamente necessários e imprescindíveis à prestação de serviços, mesmo de implantação, uma vez que podem ser adotados outros métodos, o que dispensaria as atuais tuneladoras, aduelas e outros equipamentos hoje existentes nos canteiros, que são decorrentes da estratégia e projetos adotados pela atual Concessionária”.

10. Defende, no mais, que também não poderiam ser qualificados como reversíveis as “ferramentas e equipamentos pertencentes ao Consórcio Construtor ou alugados”, bem como as instalações para as equipes, uma vez que elas poderiam “ser construídas em outros locais e de outra forma”.

11. Alude, ainda, ao fato de que, em atendimento à Cláusula 8.1.26 do Contrato, que impõe à Concessionária a obrigação de atualização anual do inventário dos bens vinculados à Concessão, a Concessionária teria, em 25

de junho de 2018, bem como em outras oportunidades², apresentado inventário no qual informa que “não contém nenhum bem reversível listado”.

12. Nesses termos a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões – CMCP apontou os bens que, segundo seu entendimento, devam ser tidos por reversíveis, ou, ao menos, que devam ser necessariamente assumidos pelo Poder Concedente para assegurar a segurança do empreendimento (fls. 12/13).

13. Sob essas condições, foram os autos encaminhados a esta Consultoria Jurídica, para análise e manifestação.

É o relatório. Opino.

14. O questionamento trazido nestes autos pela Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões - CMCP, através da Nota Técnica CMCP n° 113/2018 (fls. 05/14) e do Despacho CMCP n° 305/2018 (fls. 02/04), foi formulado em tese, e, como tal, será apreciado por esta Consultoria Jurídica, com a ressalva de que todas as orientações adiante formuladas podem sofrer eventuais retificações ou complementações em função das especificidades das inúmeras situações concretas que deverão ser analisadas ao longo do processo de transição contratual e provável assunção do empreendimento pelo Poder Concedente.

15. Da mesma forma, saliento, desde já, que as diretrizes estabelecidas neste Parecer não possuem a pretensão de constituir balizas aplicáveis necessariamente a outros contratos de concessão, dada as especificidades de cada um deles. Filiamo-nos, portanto, ao entendimento de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, no sentido de que:

(...) a determinação do rol exato de bens reversíveis nos contratos de concessão específicos não pode ser feita a partir de uma teoria geral da reversibilidade em direito administrativo, aplicável a quaisquer casos. Tal teoria é impossível, pois a extensão e modo de reversibilidade – e até a sua própria existência, dependem de aspectos que variam de setor a setor, de contrato a contrato³.

2 Segundo a CMCP a Concessionária informou a inexistência de bens reversíveis, da mesma forma, por meio das seguintes comunicações: MSP 115/2015, de 19 de maio de 2015, MSP 161/2016, de 24 de junho de 2016, MSP 126/2017, de 17 de julho de 2017.

3 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens Reversíveis nas Concessões Públicas: a invia-

16. Desta forma, restará à CMCP futuramente, caso assim entenda necessário, realizar nova(s) consulta(s) a respeito de determinada(s) situação(ões) específica(s), observadas as diretrizes e recomendações fixadas neste parecer.

17. Pois bem. No plano legal, observo que, para além da determinação de que os bens reversíveis devam ser expressamente indicados e caracterizados pelo Poder Concedente no Edital de licitação (artigo 18, incisos X e XI, da Lei federal nº 8.987/95) e no Contrato de Concessão (artigo 23, inciso X, da Lei federal nº 8.987/95), bem como da necessária previsão contratual a respeito da possibilidade de realização de vistoria dos bens reversíveis (art. 5º, X, da Lei federal nº 11.079/04), a matéria é disciplinada pelos artigos 35 a 38 da Lei federal nº 8.987/95, que regulam as formas de extinção do contrato de concessão e as suas consequências.

18. Do que de relevo para a presente consulta, destaco os seguintes dispositivos da Lei federal nº 8.987/95:

Art. 35. (...)

§1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

(...)

Art. 38. (...)

§4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, indepen-

bilidade de uma teoria geral. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n.2, maio/ago. 2016, p. 149-174.

dentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

19. Conforme se observa do artigo 35, §1º, da Lei Federal nº 8.987/95, com a extinção da concessão o Poder Concedente passa a assumir todos os “bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário”, observando-se, para tanto, a disciplina estabelecida no Edital e no Contrato, disciplina esta, como já afirmado, tida por obrigatória pelos artigos 18, incisos X e XI, e 23, inciso X, ambos da Lei Federal nº 8.987/95.

20. Na mesma esteira, veja-se o teor do artigo 35, §§ 2º e 3º, da Lei Federal nº 8.987/95, segundo os quais, extinta a concessão, ocorre a imediata assunção do serviço pelo Poder Concedente, podendo este ocupar as instalações e utilizar os bens reversíveis.

21. Resta explícita a preocupação do legislador em, a partir dos bens reversíveis, garantir a continuidade da prestação do serviço público concedido, após a inevitável extinção de uma concessão, de forma a não prejudicar o interesse público e, conseqüentemente, a população.

22. Porém o legislador não se preocupou apenas em garantir a continuidade da prestação do serviço público. Conforme a lição de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara,

(...) além de configurar prerrogativa estatal para preservar a continuidade dos serviços públicos, a reversão, nesses contratos tradicionais de concessão, também funciona como garantia econômica das concessionárias. Isto por-que, ao se prever a reversão de certos bens, também se assegura que o valor neles investido será amortizado: ou com a regular exploração do serviço no prazo contratual (e com a percepção de tarifas em valor suficiente), ou, se insuficiente, com indenização pelo concedente. A concessionária tem garantido, de uma forma ou outra, o retorno do investimento em bens reversíveis.

23. Nota-se, portanto, que de um lado a reversibilidade assegura que o Poder Concedente, ou quem vier a suceder a Concessionária na execução de tais atividades de interesse público delegadas pelo Estado – as quais, geralmente, são caracterizadas como serviço público⁴ –, detenha toda a infraestrutura necessária para, sem qualquer interrupção ou prejuízo à coletividade, continuar exercendo o mesmo mister.

24. Em contrapartida, a reversibilidade proporciona, à Concessionária, o direito de ser indenizada por todo e qualquer investimento em bem reversível que não tenha ainda sido, de acordo com a modelagem econômico-financeira do projeto e as normas contábeis aplicáveis, amortizado ou depreciado, nos termos do artigo 36 da Lei federal nº 8.987/95.

25. Trata-se, portanto, de disciplina que tem como foco não apenas a garantia da continuidade, sem interrupção, da prestação de determinado serviço público, mas também a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, assegurando que tais bens sejam transferidos à titularidade do Poder Concedente quer gratuitamente, porque já depreciados e amortizados ao longo da vigência da concessão, quer mediante o pagamento da correspondente indenização, fixada nos termos do artigo 36 da Lei federal nº 8.987/95.

26. Estabelecidos os objetivos básicos da reversibilidade, passemos à conceituação das espécies de bens existentes em uma concessão pública.

27. Numa concessão podem existir, *a priori*, 2 (dois) tipos de bens: os privados ou particulares da Concessionária e os vinculados à concessão.

28. Podem ser considerados como bens privados ou particulares aqueles adquiridos ou utilizados pela Concessionária, porém não afetados ao serviço público, ou seja, não relevantes para a sua prestação, razão pela qual compete apenas à empresa privada escolher a melhor forma de gerenciá-los, utilizá-los ou deles dispor.

4 Apesar de a reversibilidade de bens ser geralmente ligada a uma necessária continuidade da prestação de um serviço público, este instituto jurídico pode também existir em outros tipos de concessão, nos quais não existe, necessariamente, uma prestação de serviço público, como no caso de concessões de obras públicas ou concessões de uso.

29. Já os bens vinculados à concessão, por sua vez, são aqueles afetados ao serviço público, ou seja, indispensáveis ou necessários à prestação dos serviços concedidos, podendo, de acordo com os termos do contrato e da modelagem econômico-financeira da concessão, serem (ou não) considerados como reversíveis.

30. Em resumo, os bens reversíveis fazem parte de uma subcategoria dos bens vinculados à concessão, e podem ou não virem a existir em cada projeto, dependendo de sua modelagem. Conforme ensinam Caio Mario da Silva Pereira Neto, Mateus Piva Adami e Felipe Moreira de Carvalho⁵,

Tudo o que faz a Lei é prever que a cláusula que trate de bens reversíveis é essencial ao contrato de concessão. Nada impede, em nosso juízo, que o contrato trate do tema de modo a não estabelecer qualquer reversão, ou que estabeleça reversão apenas parcial, que não opere sobre a integralidade dos direitos de usar, fruir e dispor do bem atrelado à prestação do serviço público. Parece-nos, ao invés, que a Lei 8.987/1995 deixou ao Administrador a definição do regime de reversibilidade a ser aplicado em cada contrato, considerado o propósito de manutenção da prestação do serviço público ao longo do tempo.

31. Veja-se, portanto, que enquanto é possível afirmar que sempre existirão bens vinculados à concessão, dependerá dos termos contratuais, bem como da modelagem econômico-financeira do contrato, a existência (ou não) de bens reversíveis.

32. Exemplifico. Podemos considerar que os ônibus são necessariamente considerados como reversíveis numa concessão do serviço público de transporte de passageiros por ônibus? Depende. Tais bens são, inegavelmente, bens vinculados à concessão, uma vez que “indispensáveis ou necessários à prestação dos serviços concedidos”, e, como tais, devem ter tratamento diferenciado em relação aos bens privados da concessionária. Não obstante, é certo que eles podem ser considerados (ou não) como bens reversíveis, dependendo da modelagem contratual e econômico-financeira da concessão.

5 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; ADAMI, Mateus Piva; DE CARVALHO, Felipe Moreira. Reversibilidade de Bens em Concessões de Telecomunicações. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16520/20160425%20-%20Artigo%20Reversibilidade.pdf>>.

33. De toda forma, os bens vinculados à concessão (incluindo-se, aqui, os bens reversíveis), por serem indispensáveis ou necessários à prestação dos serviços concedidos, são considerados bens fora de mercado (assim previu a Cláusula 31.4 do Contrato de Concessão⁶), geralmente sofrendo certas limitações no tocante à sua disponibilidade ou fruição.

34. Nesse sentido, destaco a previsão contratual (Cláusula 34.3.1.9) que estabeleceu a impossibilidade de alienar os bens vinculados à concessão sem prévia e expressa anuência do Poder Concedente, sem prejuízo da indenização correspondente e da respectiva ação anulatória.

35. Por fim, a caracterização de um bem como reversível implica no reconhecimento de que este bem (ou ao menos a sua utilidade) poderá ser, ao final da concessão, transferido definitivamente à titularidade do Poder Concedente ou a terceiro que ele indicar, eis que tido por indispensável ou necessário à continuidade do serviço público concedido, sendo o investimento correspondente a este bem (ou direito) previsto, em regra, como devidamente amortizado ao final da concessão.

36. Ocorre que tanto os bens vinculados à concessão, como os eventuais bens reversíveis, são da mesma forma tidos como indispensáveis ou necessários à prestação do serviço público concedido, razão pela qual este aspecto específico não pode servir como único traço de distinção entre eles.

37. Ademais, de relevo destacar que a caracterização de um bem como indispensável ou necessário à “continuidade da prestação do serviço público ou do cumprimento do objeto do contrato de concessão” pode depender de inúmeros fatores, tais como estágio de evolução do contrato de concessão, situação jurídica do bem (próprio, alugado, cedido, de terceiro, objeto de leasing, de comodato, etc.), possibilidade jurídica de reversibilidade do bem e a modelagem econômico-financeira da concessão.

38. De toda forma, é certo que tal análise não pode se revelar como

6 31.4 Os bens vinculados a CONCESSÃO, incluindo os bens imóveis adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, por qualquer forma, para a realização dos serviços, afetados à operação, serão considerados bens fora do comércio, não podendo ser, a nenhum título, cedidos, alienados, onerados, arrendados, dados em comodato ou garantia, ou de qualquer outro modo ser permitida a sua ocupação, arrendados, penhorados ou qualquer providência dessa mesma natureza.

mero subjetivismo por parte do Poder Concedente ou da Concessionária, devendo, necessariamente, respeitar os termos e a lógica econômico-financeira do contrato, além da boa-fé objetiva⁷ e da segurança jurídica.

39. Feitos esses comentários conceituais a respeito dos bens reversíveis, passo à análise da Cláusula Trigésima Segunda do Contrato de Concessão, onde são previstas as seguintes regras a respeito do tema:

32.1 Extinta a CONCESSÃO, retornam ao PODER CONCEDENTE os bens reversíveis, direitos e privilégios vinculados à CONCESSÃO, transferidos ou disponibilizados, nos termos deste CONTRATO, à CONCESSIONÁRIA, ou por esta construídos/implantados e adquiridos, no âmbito da CONCESSÃO, independentemente de quaisquer notificações ou formalidades.

32.1.1 Bens reversíveis são todos aqueles vinculados à CONCESSÃO, desapropriados, construídos, adquiridos, produzidos/fabricados e implantados pela CONCESSIONÁRIA (edificações/instalações, sistemas, trens, equipamentos, máquinas, componentes, sobressalentes, bens e direitos para a prestação dos serviços e outros), bem como os disponibilizados pelo PODER CONCEDENTE, e, eventualmente, por seus agentes, que se façam necessários à execução da prestação do serviço concedido.

32.1.2 A reversão será gratuita e automática, com os bens em condições adequadas de operação, utilização e manutenção, bem como livres de quaisquer ônus, encargos, valor residual, tributo, obrigação, gravame, ou cobrança de qualquer valor pela CONCESSIONÁRIA, com as características e requisitos técnicos que permitam a plena operação do serviço.

32.1.2.1 Os bens revertidos ao PODER CONCEDENTE deverão estar em condições adequadas de conservação e funcionamento, para permitir a continuidade dos serviços objeto da CONCESSÃO, pelo prazo mínimo adicional de 05 (cinco) anos, salvo quando tiverem vida útil menor.

32.1.2.1.1 Eventual custo com estes investimentos deverá ser amortizado e depreciado antes do término da vigência do CONTRATO, não tendo a

7 “A boa-fé subjetiva é atinente ao dato de se desconhecer algum vício do negócio jurídico. E a boa-fé objetiva, prevista no artigo *sub examine*, é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo o comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente”. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 418. No mesmo sentido: “Da boa-fé objetiva contratual derivam os chamados deveres anexos ou laterais, entre os quais o dever de informação, colaboração e cooperação. A inobservância desses deveres gera a violação positiva do contrato e sua conseqüente reparação civil, independente de culpa”. (STJ, AREsp 262.823, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 29/04/2015).

CONCESSIONARIA direito a indenização a respeito.

32.2 A CONCESSIONÁRIA terá direito à indenização correspondente ao saldo não amortizado ou não depreciado dos bens e investimentos realizados na CONCESSÃO, observado o conteúdo desta Cláusula, nos casos de extinção antecipada do CONTRATO.

32.2.1 A CONCESSIONÁRIA terá direito à indenização correspondente à parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizada ou depreciada, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade dos serviços concedidos, nos casos de extinção antecipada do CONTRATO.

32.3 Caso a CONCESSIONÁRIA não cumpra as condições estabelecidas nesta Cláusula o PODER CONCEDENTE terá direito a indenização, a ser calculada nos termos da legislação aplicável, sem prejuízo das sanções cabíveis e execução de seguro e de garantia contratual.

40. Interpretando as cláusulas contratuais supramencionadas referentes à reversibilidade, percebo que elas foram idealizadas supondo que a eventual extinção do contrato ocorreria (i) ao término da vigência contratual ou, ao menos, (ii) após o término das obras e início da prestação do serviço público de transporte de passageiros.

41. Não obstante, entendo ser necessário, dado o estágio atual da execução do contrato, que o termo “execução da prestação do serviço concedido” (Cláusula 32.1.1) seja interpretado como “execução das atividades que vinham sendo empregadas pela Concessionária”, a ponto de permitir a aplicação das cláusulas contratuais supramencionadas tanto à fase de implantação quanto à fase de operação.

42. De toda forma, vislumbro que a simples aplicação dos conceitos gerais de bens reversíveis, à disciplina contratualmente estabelecida, não é capaz de, por si só, indicar, com clareza, todos os bens que devem ser tidos como reversíveis.

43. Ainda que nos utilizemos de outras cláusulas contratuais estabelecidas para facilitar a identificação dos bens vinculados à concessão, como, por exemplo, as cláusulas prevendo, em relação aos bens vinculados a Concessão, a necessidade de apresentação de inventário (Cláusula

8.1.26⁸) e a obrigatoriedade de o Poder Concedente autorizar a alienação de tais bens (Cláusula 31.1⁹), outra não será a conclusão, uma vez que os inventários apresentados pela Concessionária, desde o início da vigência contratual, indicam a inexistência de bens reversíveis, não havendo notícia, nos autos, de qualquer autorização do Poder Concedente no tocante à possível alienação de bens vinculados à concessão.

44. Ora, é inegável que tais obrigações contratuais foram pensadas com o objetivo de evitar surpresas a ambas as partes no tocante ao que deve ser considerado como bem vinculado à concessão, inclusive facilitando, posteriormente, o cálculo de eventual indenização pela futura reversão de tais bens¹⁰.

45. Ocorre que, dada a incerteza quanto aos instrumentos contratuais utilizados pela SPE no tocante à execução das obras, estes critérios contratuais não se revelam como suficientes para a resolução da questão posta nos autos.

46. Com efeito, é sabido que o Contrato de Concessão permitiu, expressamente, que a construção da obra fosse terceirizada (Cláusula 35.1.1¹¹) - o que de fato ocorreu -, é econômica e juridicamente possível que ao

8 8.1. A CONCESSIONÁRIA obriga-se durante todo o prazo de concessão a:

(...) 8.1.26 Manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à presente CONCESSÃO, apresentando-o, anualmente, ao PODER CONCEDENTE.

9 31.1 A CONCESSIONÁRIA somente poderá alienar bens que integram a CONCESSÃO, mediante autorização do PODER CONCEDENTE, se os mesmos não estiverem mais afetados à prestação dos serviços, ou se proceder a imediata substituição por outros com condições de operacionalidade e funcionamento idênticas ou superiores as dos substituídos.

10 Com a mesma função, cite-se, por exemplo, o disposto na Cláusula 8.1.13, conforme segue:

8.1. A CONCESSIONÁRIA obriga-se durante todo o prazo de concessão a:

8.1.13 Indicar, por meio de relação a ser apresentada no prazo de até 6 (seis) meses após o início da Operação Comercial (operação plena da Linha 6 – Laranja), os bens reversíveis, suas características e estimativa de valores, com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, observado o quanto disposto na Cláusula Trigésima Segunda e zelar pela integridade de todos os bens vinculados a CONCESSÃO.

11 35.1.1 A CONCESSIONÁRIA poderá contratar com terceiros, por sua conta e risco, a execução dos serviços relativos às obras, equipamentos, sistemas e material rodante, bem como as correspondentes à segurança patrimonial, manutenção e conservação do serviço concedido.

menos alguns dos bens utilizados na execução da obra não pertençam, juridicamente, à Concessionária.

47. Outrossim, saliento novamente que a Concessionária, em cumprimento à obrigação de atualização anual do inventário dos bens vinculados à Concessão, desde o início da vigência contratual vem apresentando, ao Poder Concedente, inventário no qual informa que “não contém nenhum bem reversível listado”.

48. Dado tal cenário contratual idealizado e já realizado, não vislumbro solução jurídica possível, observando-se os termos do Contrato de Concessão e as informações constantes dos autos, para o estabelecimento de diretrizes gerais no tocante à identificação dos bens reversíveis, sem que isso possibilite um mero subjetivismo, seja por parte do Poder Concedente, seja por parte da Concessionária.

49. Ademais, tais fatos poderiam, em tese, levar à conclusão de inexistência de bens reversíveis, o que não corresponderia à realidade. Ora, vejamos o quanto informado até o presente momento.

50. A Concessionária nunca informou nenhuma relação de bens reversíveis. A modelagem do contrato permite que a construção seja totalmente terceirizada. O Poder Concedente, aparentemente, não possui nenhuma informação definitiva a respeito da situação jurídica dos inúmeros bens utilizados na obra. Os critérios contratuais a respeito de bens reversíveis foram definidos considerando-se o término da concessão, ao menos, após o início do serviço público de transporte de passageiros. Como definir, neste panorama, o que são bens reversíveis? Não existiriam bens reversíveis, de modo que à Concessionária nada seria devido em razão dos seus investimentos? Creio que não seja esta a melhor saída.

51. Dada a indeterminação contratual destacada acima, bem como a inexistência de dados a respeito dos instrumentos contratuais utilizados pela Concessionária na terceirização da obra, entendo que, apesar da Concessionária não ter indicado ao Poder Concedente, desde o início das obras, a existência de qualquer bem reversível, a única certeza até o presente momento é que, ao menos, os bens imóveis desapropriados, bem como as melhorias a eles incorporadas definitivamente, podem ser classificáveis, desde já, como bens reversíveis.

52. Demais bens vinculados à concessão deverão, oportunamente, serem objeto de nova avaliação por esta Consultoria Jurídica, tendo em vista a impossibilidade de, no presente momento, eles poderem ser identificados (ou não) como reversíveis.

53. Desse modo, para que se possa eventualmente reconhecer como reversível algum bem que não tenha sido incorporado definitivamente aos imóveis desapropriados, por acessão física, deverá a Administração trazer aos autos os documentos que permitam a exata compreensão de sua situação jurídica e econômica, a saber:

a) contrato de EPC celebrado com o Consórcio CEL6, juntamente com o demonstrativo de todos os valores já pagos a este consórcio, e os fatos que fundamentam tais medições, de modo a permitir a identificação tanto dos valores investidos em benfeitorias nos imóveis desapropriados (essencial para a precificação da indenização devida à Concessionária), quanto de eventuais valores investidos em outros bens que vierem a ser reconhecidos como reversíveis;

b) contratos alusivos ao fornecimento de qualquer equipamento que, ao juízo da Concessionária ou do Poder Concedente, deva ser tido por reversível, bem como demonstração de sua situação jurídica e econômica atual, de modo a permitir a identificação de a quem compete a propriedade do bem, assim como da eventual pendência de valores a serem pagos a fornecedores;

c) demais contratos relacionados a bens que, ao juízo da Concessionária ou do Poder Concedente, deva ser tido por reversível, assim como a documentação alusiva à evolução de sua aquisição e quitação pela Concessionária.

54. De toda forma, destaco que parcela relevante dos investimentos realizados pela Concessionária, envolvendo a realização de obras civis e a aquisição de bens reversíveis, é custeada, nos termos da Cláusula Vigésima Sétima do Contrato, por aporte de recursos do Poder Concedente, com fundamento no artigo 6º, §2º, da Lei federal nº 11.079/2004, de modo que,

qualquer que venha a ser o rol definido de bens reversíveis, quando da conclusão do processo de transição contratual, o cálculo da indenização devida por tais investimentos deve considerar o valor já aportado pelo Poder Concedente para a realização destes investimentos, conforme, aliás, determina expressamente o artigo 6º, §5º, da Lei federal nº 11.079/2004.

55. Definidas tais diretrizes, entendo como necessário destacar também a possibilidade jurídica de utilização pelo Poder Concedente, ainda que em caráter transitório, de todos os bens tidos como vinculados à concessão, mesmo que não se qualifiquem, legal ou contratualmente, como “bens reversíveis”.

56. Com efeito, há de se reconhecer também que, em prestígio ao mesmo princípio da continuidade da prestação do serviço público, é possível que alguns bens vinculados à concessão, mesmo que não sejam tidos por reversíveis, precisem ser transitoriamente utilizados pelo Poder Concedente quando da extinção contratual para a proteção do interesse público (Ex: para a segurança da obra), o que é de ainda maior relevo nas situações de extinção antecipada do contrato, em que a transição contratual ocorre em circunstâncias não planejadas pelo Poder Concedente quando da estruturação da concessão.

57. Fundamentando tal conclusão, destaque-se o teor do artigo 35, §3º, da Lei federal nº 8.987/95, o qual autoriza que, com a extinção do contrato e a assunção do serviço pelo Poder Concedente, este ocupe as instalações e utilize todos os bens vinculados à concessão, de forma a, justamente, assegurar que o Poder Concedente tenha condições de dar continuidade às atividades que até então vinham sendo executadas pela Concessionária, ocupando as instalações e bens necessários à melhor resolução da situação de encerramento da concessão, nas circunstâncias em que se encontram.

58. Conforme alerta Maurício Portugal Ribeiro¹²:

A preservação da continuidade da prestação do serviço é decerto o mais importante desafio no caso de extinção dos contratos, especialmente por-

12 RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 173.

que nesse momento ocorre uma mudança de titularidade da prestação do serviço do parceiro privado para a Administração Pública. Isso é especialmente difícil porque requer à Administração montagem de equipe adequada para dar continuidade aos serviços prestados pelo parceiro privado, o que, considerando as regras incidentes sobre a Administração Pública, nem sempre é tarefa fácil ou rápida. É importante, por isso, que nesse momento delicado para a prestação dos serviços o parceiro privado tenha a obrigação de cooperar e praticar os atos necessários a minimizar as dificuldades para a que a Administração Pública assuma a prestação do serviço.

59. Naturalmente, tal poder de ocupar as instalações da Concessionária deve ser exercido apenas no limite do que necessário para viabilizar a preservação do interesse público, não podendo implicar em desapropriação indireta de bens de propriedade da Concessionária que não venham a ser, posteriormente, revertidos ao patrimônio público. É o que ensina Marçal Justen Filho¹³:

A primeira e imediata consequência da extinção da concessão é assunção do serviço pelo poder concedente, de modo automático. O particular não leva consigo qualquer parcela do serviço ou dos poderes que se encontravam sob sua gestão no curso do contrato. Serviço e poderes, porque públicos, são inalienáveis, enquanto não desafetados. Por isso, o desaparecimento da concessão acarreta retomada pelo Estado dos serviços, bens e poderes. Essa hipótese se caracteriza ainda quando uma concessão seja sucedida por outra. Isso não significa a impossibilidade de o particular manter consigo certos bens, anteriormente utilizados para prestação dos serviços concedidos. Tal se passará a propósito de bens não afetados à prestação do serviço, cujo valor não tenha sido amortizado ao longo do contrato. (...) Bem por isso, o Estado será legitimado a ocupar, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, as instalações necessárias à prestação do serviço. Aplica-se o princípio da continuidade dos serviços públicos. A extinção da concessão não pode acarretar interrupção na prestação do serviço público. A recusa do antigo concessionário em permitir o acesso dos agentes do poder concedente constitui-se em ato ilícito. Ressalte-se, porém, que isso não autoriza o Estado a apropriar-se de bens do particular cujo valor não tiver ainda sido amortizado.

13 FILHO, Marçal Justen. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 569.

60. Nesse sentido também dispõe a Cláusula 45.5 do Contrato de Concessão, conforme segue:

45.5 A decretação da caducidade implicará na imissão imediata, pelo PODER CONCEDENTE, da posse de todos os bens e na responsabilidade da CONCESSIONÁRIA por toda e qualquer espécie de ônus, multas, penalidades, indenizações encargos ou compromissos com terceiros, notadamente em relação a obrigações de natureza trabalhista, tributária e previdenciária.

61. Outro ponto que julgo relevante destacar, extraível diretamente da disciplina trazida pela Lei federal nº 8.987/95, é o reconhecimento de que, nas hipóteses em que a extinção do contrato de concessão ocorra por decretação da caducidade da concessão, a única responsabilidade do Poder Concedente, perante a Concessionária, reside na indenização “das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido” (artigo 36 da Lei federal nº 8.987/95), descontando-se “o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária” (artigo 38, §5º, da Lei federal nº 8.987/95), de modo que “não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária” (artigo 38, §6º, da Lei federal nº 8.987/95).

62. Com a decretação da caducidade da concessão, portanto, e ao longo do processo de transição contratual, caberá ao Poder Concedente avaliar de que forma procederá à ocupação das instalações, eventualmente valendo-se de bens e equipamentos delas constantes - configuráveis como bens vinculados à concessão - para assegurar a preservação do interesse público, na forma do artigo 35, §3º, da Lei federal nº 8.987/95, bem como classificar quais são os bens que, legal ou contratualmente, devem ser tidos como bens reversíveis, apurando a indenização devida na forma do artigo 36 da Lei federal nº 8.987/95, com os descontos indicados no artigo 38, §5º, da Lei federal nº 8.987/95.

63. Nesta situação compete, exclusivamente, à Concessionária lidar com quaisquer outros passivos em razão de contratos com terceiros não assumidos pelo Poder Concedente, nisto incluindo-se, porventura, as des-

pesas relativas ao encerramento do contrato, com o EPCista, celebrado para a construção do empreendimento, bem como os ajustes com os demais fornecedores, financiadores e garantidores da Concessionária.

64. Por fim, destaco que configura situação jurídica diferente, porém com o mesmo objetivo da reversão e da ocupação provisória de bens e instalações, a possibilidade (e não obrigação) do Poder Concedente sub-rogar-se nos contratos vigentes de interesse da concessão, que tenham sido celebrados pela Concessionária (Cláusula 33.2).

65. Com efeito, em tal situação se encontrariam os contratos de prestação de serviço, bem como aqueles de aquisição de bens não reversíveis que, por serem benéficos ao interesse público, podem ser assumidos pelo Poder Concedente ou por terceiros por ele indicados.

66. Tais ajustes podem ser “assumidos” pelo Poder Concedente desde que, analisadas as consequências jurídicas e sopesadas as vantagens técnicas e financeiras, tal providência vise a proteger o interesse público, como, por exemplo, a segurança da obra ou a economicidade em relação a uma nova contratação.

67. Nesse cenário, deverão também ser avaliados, caso a caso, os eventuais bens ligados à concessão que estejam sob propriedade do EPCista ou de outros terceiros contratados pela Concessionária, bem como os elementos provisoriamente instalados, mas que não seriam, definitivamente, incorporados aos imóveis obrigatoriamente revertidos ao final das obras.

68. Uma vez considerado, pelo Poder Concedente, que a manutenção de tais contratos não é benéfica ao interesse público, caberá à Concessionária extingui-los, sem qualquer tipo de custo adicional ao Poder Concedente, conforme disciplina a Cláusula 43.2 do Contrato de Concessão:

43.2 Verificando-se o advento do termo contratual, a CONCESSIONÁRIA será inteira e exclusivamente responsável pela extinção de quaisquer contratos de que seja parte, relativos à LINHA 6, não assumindo o PODER CONCEDENTE qualquer responsabilidade ou ônus quanto aos mesmos e não sendo devida nenhuma indenização à CONCESSIONÁRIA.

69. Da mesma forma, encerrado o contrato de concessão, “caberá à CONCESSIONÁRIA retirar todos os bens não reversíveis utilizados na CONCESSÃO no prazo fixado no termo provisório de devolução” (Cláusula 33.8).

70. Em arremate, recomendo que a CMCP - Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões providencie, junto a Concessionária, informações a respeito de todos os bens vinculados à concessão, esclarecendo-se a situação jurídica de cada bem, apresentando-se os documentos e contratos relacionados a eles.

71. Somente com tais providências será possível tomar todas as providências e decisões necessárias para o encerramento do Contrato de Concessão, bem como a correta configuração dos bens tidos como reversíveis.

72. Nesse diapasão, recomenda-se a obtenção dos instrumentos jurídicos relacionados à execução da obra para que, analisando-se o seu andamento e a contabilização dos gastos correspondentes, seja possível a identificação dos bens a serem revertidos ao Poder Concedente.

73. Da mesma forma, tais dados poderão ser utilizados para justificar a eventual necessidade de manutenção de contratos celebrados pela Concessionária com terceiros ou a utilização de bens vinculados à concessão que, justificadamente e de acordo com a discricionariedade do Poder Concedente, forem considerados necessários para a continuidade da execução do objeto da concessão.

74. Com estas considerações, e em atenção à disciplina estabelecida na Portaria SubG-Cons. nº 01, de 28/10/2015, submeto o presente parecer à apreciação da Subprocuradoria-Geral do Estado, Consultoria-Geral.

É o Parecer.

CJ/STM, 1º de fevereiro de 2019.

DIEGO BRITO CARDOSO

Procurador do Estado Chefe da CJ/STM

PROCESSO: STM SPDOC - 1727029/2018
INTERESSADO: COMISSÃO DE MONITORAMENTO DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES - CMCP
ASSUNTO: PROTOCOLADO 61/2018 - LINHA 6 - LARANJA - APURAÇÃO DE INDENIZAÇÃO DEVIDA EM RAZÃO DA CADUCIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO.
PARECER: CJ/STM N° 2/2019

1. Aprovo o Parecer CJ/STM n° 2/2019, por seus próprios fundamentos.
2. Restituam-se os autos à Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, para prosseguimento.

SubG-Consultoria, 14 de fevereiro de 2019.

EUGENIA CRISTINA CLETO MAROLLA
SUBPROCURADORA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA-GERAL

São Paulo, 15 de janeiro de 2019.

GEORGE IBRAHIM FARATH
PROCURADOR DO ESTADO