

PROCESSO: GDOC Nº 18488-568390/2014 (Volumes I, II, III, IV, V e VI)

PARECER: PA Nº 84/2014

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA METRA – SISTEMA METROPOLITANO DE TRANSPORTES LTDA.

EMENTA: CONTRATO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. Contrato Administrativo de longo prazo. Mutabilidade. Característica inerente ao ajuste. Alteração unilateral pelo poder concedente. Prescindível instrumentalização. Termo Aditivo celebrado para fins de recompor o equilíbrio econômico-financeiro inicial. Artigo 9º, § 4º, da Lei federal nº 8.987/1995. Possibilidade de utilização de recursos do Tesouro como meio de reequilibrar o contrato, indenização para esse fim, não como forma de pagamento de despesa realizada sem lastro contratual. Situação que não se enquadra às disposições constantes do Decreto estadual nº 40.177/1995.

1. O Termo de Contrato EMTU/SP nº 20/1997¹, resultado da licitação na modalidade Concorrência nº 004/2006, tem por objeto a concessão dos “*serviços correspondentes às funções operacionais consistentes no atendimento da demanda de passageiros no Corredor São Mateus/Jabaquara (...), bem como a operação da linha precursora Diadema/Brooklin e a manutenção e conservação de seu viário quando implantado*”, incluindo, ainda, os “*serviços correspondentes às funções de manutenção e conservação do viário e da infraestrutura*” que compõem o mencionado Corredor², objeto esse a ser executado pela licitante vencedora, ora concessionária, “METRA – Sistema Metropolitano de Transportes Ltda.”.

2. Consta que, no âmbito dessa concessão, por ato do Presidente da EMTU, foi constituído Grupo de Trabalho para apresentação de proposta de reavaliação

1 Cópia juntada às fls. 918/955, que tem como CONCEDENTE o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos, representado, por delegação de competência (Resolução STM nº 452/1996), pelo então Diretor-Presidente da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. – EMTU-SP, figurando esta como interveniente.

2 Cláusula I – DO OBJETO, item I.2. (fls. 919/920).

do contrato celebrado³, resultando, depois de prévias manifestações⁴ e deliberações de órgãos e autoridades⁵, na assinatura do Termo de Aditamento nº 09, datado de 09 de agosto de 2013 (cópia juntada às fls. 957/961).

3. Do mencionado termo aditivo destacam-se as cláusulas atinentes à alteração das obrigações da concessionária e à alteração da sua remuneração, *in verbis*:

“CLÁUSULA PRIMEIRA – DA ALTERAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

1.1. Caberá à CONCESSIONÁRIA:

1.1.1. Executar os serviços correspondentes às funções de substituição, conservação, manutenção preventiva e corretiva da rede aérea de energia elétrica e dos seus equipamentos do Corredor Metropolitano São Mateus-Jabaquara e de sua extensão Diadema-Morumbi, abrangendo a fiação aérea, estações transformadoras e retificadoras, chaves seccionadoras, tirantes, e chaves, iniciados em 18/12/2011 até o término do contrato;

1.1.2. Implantar o Centro de Controle de Energia – CCE, no prazo de 360 dias contado da assinatura deste Termo, condicionado ao disposto na Cláusula Segunda – Da alteração da Remuneração da Concessionária;

1.1.3. Executar os serviços relativos à comercialização, distribuição e controle, referentes ao Vale-Transporte, iniciados em janeiro de 2012;

1.1.4. Desenvolver e implantar um sistema de controle de oferta no prazo e condições definidas no Anexo A – SISTEMA AUTOMATIZADO DE CONTROLE DE OFERTA;

(..) CLÁUSULA SEGUNDA – DA ALTERAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA

2.1. Em decorrência das novas atividades assumidas pela CONCESSIONÁRIA, relacionadas nos subitens 1.1.1, 1.1.2 e 1.1.3 da Cláusula Primeira do presente Termo de Aditamento, e com a finalidade de remunerar as novas atividades, fica extinta a figura da Transferência Livre nos Terminais Metropolitanos de Diadema, Piraporinha e São Mateus entre os Sistemas Municipais e o Sistema do Corredor Metropolitano de Trólebus operado pela CONCESSIONÁRIA, sujeita à Resolução da Secretaria

3 Observo que não logrei identificar nos autos cópia do relatório final e das conclusões do Grupo de Trabalho instituído pelo Ato nº 28/2011 do Presidente da EMTU.

4 Destaca-se o Parecer CJ/STM nº 115/2012, cópia às fls. 977/1.004, e Parecer CJ/STM nº 286/2012, cópias às fls. 1.008/1.017.

5 V. cópias juntadas às fls. 968/970.

de Estado dos Transportes Metropolitanos – STM, na qualidade de Poder Concedente.” (sublinhei).

4. Passados menos de 3 (três) meses da assinatura do ajuste, através da Carta nº 62/DR/2013⁶, a concessionária busca receber valor apurado em razão dos gastos efetuados em serviços de substituição do fio trolley, de manutenção da rede aérea desde 18.12.2011 e de modernização do sistema de bilhetagem eletrônica⁷, vez que, segundo alega, o poder concedente não teria cumprido com a obrigação de extinguir a transferência livre, conforme previsto no Termo de Aditamento nº 9, o que justificaria o pleito.

5. A análise técnica do pedido, feita pelo setor competente da EMTU, está juntada, por cópia, às fls. 1.023/1.040, e tem por finalidade *“avaliar a situação do ponto de vista do contrato e propor cenário alternativo para o ressarcimento pelos custos já incorridos pela Concessionária”*⁸.

5.1. A respeito do Termo de Aditamento nº 9, destacou-se ali que este *“teve como essência duas condicionantes principais: a) a assunção de novas obrigações pela Concessionária e como contrapartida b) a extinção das transferências livres e instituição de tarifa de integração.”* (v. item 3, fl. 1.028).

5.2. Apesar dessas disposições, a peça técnica apontou que o ambiente político e os protestos que ocorreram no Brasil em junho de 2013 tiveram reflexo sobre a concessão em pauta e principalmente sobre o Termo de Aditamento nº 9, resultando na decisão governamental de não estabelecer a tarifa de integração entre os sistemas municipais e troncal nos terminais metropolitanos, **embora prevista no referido termo de aditamento**⁹, devendo, então, o poder concedente buscar solução para recompor financeiramente o contrato de concessão, de forma a preservar a equação econômico-financeira pactuada.

5.3. As cláusulas contratuais que regulam essa matéria, em especial as que preveem as formas como se dará a recomposição¹⁰, foram assim avaliadas:

6 Datada de 24 de outubro de 2013, cópia às fls. 1.019/1.021.

7 Consoante Cláusula Primeira, item 1.4., do TA 9, as normas e procedimentos de execução dos serviços estão contidos nos Anexos que integram aquele instrumento, mas não foram juntados nestes autos, entre eles, o Anexo F – Projeto METROPASS, Anexo G – Procedimentos de Manutenção Preventiva e Corretiva da Rede Aérea e Anexo I – Plano de Substituição do fio trolley.

8 Fl. 1.023, último parágrafo.

9 V. fl. 1.037, primeiro parágrafo.

10 Contrato de Concessão no 20/EMTU-SP – “CLÁUSULA XII – DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO (...) 12.4. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela ocorrência de um dos fatos constantes do subitem 12.2, será implementada pelo Poder Concedente, através de uma das seguintes modalidades: 12.4.1. – revisão de tarifas; 12.4.2. – alteração percentual da parcela C citada no item 5.1.3 do edital; 12.4.3. – combinação das modalidades anteriores.” (fl. 942).

“(…) O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser restabelecido por mútuo acordo entre as partes, ou por ato unilateral da administração, lembrando que o contrato estabelece que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando não consensual, efetive-se através das seguintes formas: a) revisão do valor da tarifa; b) alteração do percentual da Parcela C; e c) combinação das modalidades anteriores.

Na situação apresentada, pelo não cumprimento das condições pactuadas no Termo de Aditamento nº 009, o desequilíbrio novamente foi causado por ato unilateral do Poder Concedente, que consistiu na manutenção da atual política tarifária sem implementar a Tarifa de Integração, ou seja, manteve o valor das tarifas, permanecendo descartada a possibilidade de ‘aumento’ através da instituição da Tarifa de Integração, e consequentemente mantendo a livre transferência.

A outra opção, de alteração do percentual da Parcela C, foi totalmente absorvida pelo incentivo previsto na Cláusula IV (...) não deixaram sobras para compensar as novas obrigações.” (gs.ns.)¹¹.

5.4. Concluiu-se, então, que:

“(…) o Poder Concedente deve buscar outras formas de recompor a equação econômico-financeira da concessão, em decorrência da não implementação da tarifa de integração nos terminais metropolitanos de Piraporinha, Diadema e São Mateus entre os sistemas alimentadores e o sistema troncal do corredor.

(...) torna-se legítima a utilização de mecanismos para regular a situação, o que poderá se dar por meio de indenização, mediante desembolso por parte do Poder Concedente.

(...) entende-se que a concessionária faz jus ao montante de (...) até 31 de outubro de 2013, e não ao montante solicitado (...).

Entende-se ser a única alternativa a expedição de novo termo de aditamento para incluir no subitem 12.4., a forma de reequilíbrio por meio de indenização. Para tanto, segue Minuta do Termo de Aditamento.” (grifos nossos).

6. A Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, no Parecer CJ/STM nº 5/2013¹², a despeito de concordar com a possibilidade de pagamento de indenização à concessionária, entendeu que houve **prestação de**

¹¹ V. fl. 1.038.

¹² Cópia juntada às fls. 854/870 e replicada às fls. 2.068/2.084.

serviços sem cobertura contratual, impondo o atendimento dos requisitos previstos no Decreto estadual nº 40.177/1995¹³ para eventual ressarcimento¹⁴.

6.1. Por fim, o parecer opinou pela possibilidade de celebração de novo Termo de Aditamento para incluir a indenização e a alteração do prazo da concessão como meios para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sugerida, ainda, a previsão de concessão de subsídio tarifário como outra hipótese para esse mesmo propósito.

6.2. A chefia do órgão jurídico-consultivo corroborou parcialmente com o posicionamento exarado¹⁵, concordando que os serviços prestados pela concessionária, sem cobertura contratual (antes da celebração do TA nº 9, entre 18.12.2011 e 08.08.2013), e aqueles serviços prestados posteriormente a este instrumento, mas sem cobertura financeira, devam ser indenizados nos termos do Decreto estadual nº 40.177/1995¹⁶, como apontado no parecer.

6.2.1. Não obstante, aquela chefia afastou-se da solução lançada em relação às alternativas ou formas de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato até o final de seu prazo de vigência, discordando da proposta de pagamento por “indenização” através de alteração de cláusula contratual, pois entendeu que esta não pode ser forma de pagamento de serviço regular, previsto contratualmente e que será prestado periodicamente até o termo final pactuado. Invocando o Parecer GPG nº 15/2002¹⁷ e manifestação da então Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, datada de 06 de janeiro de 2005¹⁸, a Procuradora do Estado Chefe da Consultoria propôs a adoção de duas providências: *“a instrução de procedimento próprio para o pagamento por indenização, de acordo com o Decreto nº 409.177/1995, e a verificação da viabilidade da*

13 Comprovação da efetiva realização dos serviços, indicação do seu valor mediante pesquisa de mercado, comprovação de disponibilidade financeira e demonstração da boa-fé da empresa.

14 Item 2.2. do parecer – “(...) Considerando os motivos que ensejaram a manutenção da Transferência Livre e as disposições do ordenamento jurídico positivo que preveem seja restabelecida a equação econômico-financeira do contrato, entendemos que o pagamento de indenização à Concessionária para ressarcimento dos custos incorridos e de outros valores previstos como parte da sua remuneração se justifica para o período no qual os serviços foram prestados, sem cobertura contratual, entre janeiro de 2012 e 8 de agosto de 2013 – e, depois de firmado o Termo de Aditamento no 9, por descumprimento da obrigação contratual pelo Poder Concedente de fixar o valor da tarifa pública, para remunerar a Concessionária, com a extinção da Transferência Livre” (grifos nossos).

15 Cópia às fls. 871/873.

16 Fl. 871, item 2.

17 Parecerista Procuradora do Estado, então, Assessora Dra. CLÁUDIA POLTO DA CUNHA, cópia às fls. 2.087/2.096, aprovado superiormente consoante cópia juntada à fl. 2.097.

18 Cópia às fls. 2.098/2.101, aprovada pelo Senhor Procurador Geral do Estado.

utilização de receitas do Tesouro (...), com a oitiva das Secretarias da Fazenda e Planejamento e Desenvolvimento Regional.”.

7. Em razão desse posicionamento, o presente expediente foi formado, processando-se aqui o ressarcimento na forma prevista pelo Decreto estadual nº 40.177/1995, consoante se infere do Despacho CG nº 404/2013 (fls. 874/875), do Despacho GS/STM nº 56/2014 (fls. 876/877) e do relatório final da Comissão de Sindicância (fls. 879/913), aprovado pelo Diretor-Presidente da EMTU (fl. 914).

8. Depois de complementada a instrução¹⁹, o Parecer CJ/STM nº 83/2014, fls. 2.118/2.127, concluiu ser *“viável juridicamente o pagamento pleiteado”*²⁰, ressaltando *“que eventual atualização monetária do valor devido deverá ser efetuada em conformidade com o fixado no Parecer PA nº 297/2007”*²¹²² e que, frente ao valor, os autos deveriam ser previamente encaminhados ao Procurador Geral do Estado para manifestação, em atendimento ao disposto na alínea “b”, inciso V, do artigo 1º, do Decreto estadual nº 40.177/1995, com a redação dada pelo Decreto estadual nº 53.334/2008²³.

9. Recebido na Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral para esse fim, o Senhor Subprocurador entendeu necessária a oitiva desta Especializada para *“exame do processado e manifestação quanto à viabilidade jurídica das soluções propostas para o deslinde da questão concreta à luz do regime jurídico dos contratos de concessão”* (fls. 2.142/2.144).

É o relatório. Opino.

10. Instruídos com cópias do procedimento que traz a execução do Contrato EMTU/SP nº 20/1997, os presentes autos foram formados com o intuito de processar a pretensão inicial da concessionária²⁴ consoante orientação da Consultoria Jurídica da Secretaria de Transportes Metropolitanos, ou seja, *como pedido de indenização por serviços prestados sem cobertura contratual*, adotadas aqui as

19 Providenciada em razão da Manifestação CJ/STM nº 20/2014 (fls. 2.104/2.105).

20 Item 18 do parecer.

21 Cópia juntada às fls. 2.128/2.141.

22 Item 19 do parecer.

23 Decreto estadual nº 40.177/1995 – “Artigo 1º - Os pagamentos, a título indenizatório, de despesas sem cobertura contratual ou decorrentes de contrato posteriormente declarado inválido, em atenção ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa, no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica, deverão atender aos seguintes pressupostos: (...) V – (...) b) os processos indenizatórios que envolvam valores acima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), antes da decisão das autoridades de que trata este inciso, deverão ser encaminhados ao Procurador Geral do Estado para manifestação.”.

24 Carta nº 62/DR/2013, fls. 1.019/1.021.

medidas necessárias ao atendimento dos pressupostos estabelecidos no Decreto estadual nº 40.177/1995.

11. A quase derradeira providência de envio dos autos para manifestação do Senhor Procurador Geral do Estado, nos termos do disposto no artigo 1º, inciso V, letra “b”, do mencionado edito, trouxe a situação ao conhecimento da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral que, por tratar-se aqui de **contrato de concessão**, entendeu necessária a oitiva desta Especializada para, segundo me parece, analisar se são aplicáveis, para a espécie, as disposições do Decreto estadual nº 40.177/1995.

12. Anoto que os elementos aqui constantes não propiciam avançar **conclusivamente** além dessa premissa, pois desconhecida a integralidade do projeto concessório e dos estudos que levaram à celebração do Termo de Aditamento nº 9²⁵, além de não existir informação quanto ao atual cumprimento das obrigações ali impostas ou à eventual reavaliação de suas disposições, razão por que a análise das soluções do caso concreto será feita de forma genérica.

13. Passo a tecer, então, algumas considerações a respeito do contrato de concessão de serviço público e de algumas das diferenças existentes entre este o contrato administrativo *comum*.

14. Ainda que não caiba à lei trazer “definições”²⁶, há que se reconhecer, não só em razão de previsão contratual²⁷, mas por suas características, a subsunção do Contrato EMTU/SP nº 20/1997 ao regime da denominada “*concessão comum de serviço público*”, identificada no inciso II do artigo 2º da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995²⁸ e no § 3º do artigo 2º da Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004²⁹:

25 Refiro-me ao estudo realizado pelo Grupo de Trabalho instituído por ato do Presidente da EMTU e que por diversas vezes foi mencionado nas manifestações constantes dos autos.

26 “(...) A tarefa das leis é a de positivizar princípios e regras. À doutrina e à jurisprudência reservam-se a análise do Direito posto, a concentração lógica dos preceitos e a construção jurídica – processo, esse, que exige constante renovação. Logo, as definições legislativas não enclausuram o aplicador do Direito. Além disso, e se é bem verdade que tais definições têm utilidade prática, não se pode olvidar que, ao extremo, elas configuram ‘proposições jurídicas não normativas’. (...) Claro que esta ressalva não significa advogar a letra morta da lei. Ao contrário, a Lei 8.987/1995 tem conteúdo normativo específico, relativo a determinados contratos que desempenham importante função pública. (...) O ponto de partida está em que as definições se prestam a ordenar algumas ideias básicas e sua interpretação exige muito mais que a mera apreciação literal.” (MOREIRA, Egon Bockmann. “Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)”, Malheiros Editores, 09.2010, p. 72).

27 V. preâmbulo do Contrato EMTU/SP nº 20.

28 Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

29 Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Lei federal nº 8.987/1995

“Artigo 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...) 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;”.

Lei federal nº 11.079/2004

“Artigo 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

(...) § 3º – Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

14.1. O contrato de concessão de serviço público é, portanto, “contrato administrativo especial”, distinto dos demais contratos administrativos, sendo que seu “regime especial resulta da aplicação sistemática de dispositivos legais (CF, art. 175, Lei 8.987/1995; Lei 9.074/1995³⁰; e Lei 11.079/2004 – além das leis setoriais específicas) (...) É contrato administrativo com caráter especial porque assim o diz o inciso I do art. 175 da CF³¹ – diferenciando-o dos contratos ordinários da Administração.”³².

15. No regime jurídico da *concessão comum de serviço público*, estabelecido pela Lei federal nº 8.987/1995, **o poder concedente não paga contraprestação em pecúnia à concessionária pelos serviços prestados**³³, mesmo nos casos em que no projeto concessionário esteja inclusa a conservação, reforma ou melhoria da infraestrutura necessária à prestação dos serviços públicos concedidos.

30 Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, e dá outras providências.

31 **Constituição Federal** – “Artigo 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo Único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;” (grifos nossos).

32 MOREIRA, Egon Bockmann, ob. cit., p. 95.

33 A remuneração não decorre do orçamento público.

15.1. Os custos desses serviços serão **pagos pela tarifa e por outras fontes de receitas previstas contratualmente**³⁴, com projeção a longo prazo³⁵.

16. Diferente, ainda, dos contratos administrativos *comuns*, em que o objeto e seu preço são minuciosos e rigidamente definidos com restritas possibilidades de alteração, nos contratos de concessão de serviço público a mutabilidade das obrigações e cláusulas contratuais é característica a eles inerente, em especial por conta do seu longo prazo de vigência, sujeitando a relação aos mais diversos eventos e impondo a adequação da execução do objeto para melhor prestação do serviço oferecido.

17. Aliado a isso, na concessão de serviço público, o princípio da continuidade se sobressai, o que também garante à Administração o poder de alterar unilateralmente as cláusulas contratuais regulamentares ou de serviço para atender a razões de interesse público, sem que a concessionária possa se opor³⁶.

18. A alteração unilateral do contrato pela Administração enquadra-se na chamada *álea extraordinária*³⁷ *administrativa*, não suportada pelo risco do negócio assumido pelo concessionário e que, conseqüentemente, ao onerá-lo de forma substancial, enseja a necessidade de revisão do contrato de modo a proteger o que no ajuste é intangível: o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual (artigo 9º, § 4º, da Lei federal nº 8.987/1995).

18.1. Trata-se de manter o que o Professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO chama de *“igualdade matemática substancial já estabelecida”*³⁸ que, no contrato de concessão de serviço público, não corresponde ao resultado do

34 **Lei federal nº 8.987/1995** – “**Artigo 11** – No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no artigo 17 desta Lei.

Parágrafo único – As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”.

35 “(...) Os aportes de recursos privados não são objeto de resgate imediato (o lucro não é realizado em curto prazo), mas arcados pela receita tarifária paga ao longo de 10, 20 ou 35 anos.” (MOREIRA, Egon Bockmann. “Equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos de longo prazo”. Texto-base para a aula “Administração Pública e economia”, proferida no Curso de Formação Inicial para Magistrados (2013-2014), promovido pela Emagis – Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região).

36 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. “Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas”. Editora Atlas, 7. ed., 2009, p. 79-80.

37 “(...) corresponde a um risco imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado. Abrange a chamada *álea econômica* (que dá margem à teoria da imprevisão) e as chamadas *áleas administrativas* (que abrangem o poder de alteração unilateral do contrato, a teoria do príncipe e a teoria do fato da administração).” (destaques no original. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, ob cit., p. 99).

38 “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, 17. ed., 2004, p. 684.

simples binômio encargos/remuneração, próprio dos contratos regidos pela Lei federal nº 8.666/1993³⁹, mas àquele obtido mediante a aplicação de equação previamente fixada.

19. Observe-se, porém, que as alterações não podem ser de tal monta a ponto de descaracterizar o objeto ou a ele se aderir atividade que com o mesmo não tenha qualquer correspondência, “porque isto implicaria burla aos princípios da licitação.”⁴⁰.

20. A partir destas ponderações, temos que, no caso concreto, em razão de ambiente gerado por diferentes eventos, o poder concedente, ao avaliar a situação, concluiu pela necessidade de aumento dos encargos da concessionária para garantir a continuidade dos serviços⁴¹.

20.1. Cópias de documentos indicam essa decisão e sua comunicação à concessionária: i) Ofício CT/DP/57/2011, de 7 de julho de 2011, dirigido à diretoria da concessionária e assinado pelo Diretor-Presidente da EMTU, cópia à fl. 966⁴²; ii) Ofício CT/GAB/95/2011, de 23 de novembro de 2011, dirigido à concessionária.

39 (...) nos contratos de concessão de serviços públicos, em face de sua longa duração e do fato de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado, há uma ainda maior preocupação do legislador e dos tribunais em manter o seu equilíbrio econômico-financeiro. [nota de rodapé 9] Temos, então, se comparado com o regime geral da Lei nº 8.666/1993, ‘um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois, enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos/remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como o montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para a fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio), etc (...)’ (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Revista de Informação Legislativa, v. 159, p. 194-195, 2003).” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs”. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 263, maio/ago.2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx/pdiCntd=96955>>. Acesso em: 21 jul.2014).

40 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, ob. cit. p. 80.

41 Estudo realizado pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Ato nº 28/2011 do Presidente da EMTU que, como já assinalado, não teve seu relatório final e conclusões juntados neste procedimento (v. nota de rodapé 3 supra).

42 “Em resposta à sua Carta nº 23/DR/2011, datada de 27 de junho de 2011⁴², na qual Vossa Senhoria faz uma série de ponderações a respeito do sistema de arrecadação de tarifas, hoje utilizado no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, apontando como solução de continuidade a substituição do mesmo, temos a informar o que segue. Preliminarmente, devemos observar que o assunto em pauta faz parte da reavaliação do Contrato nº 20/97, que está sendo elaborada pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Ato do Presidente nº 28/1011. A substituição do sistema de arrecadação como meio de pagamento poderá ser iniciada imediatamente, ressaltando-se, apenas, que a autorização para a operação comercial implica a formalização de Termo de Aditamento ao citado Contrato nº 20/97. Por derradeiro, a dispensa ou modificação das integrações tarifárias dos Terminais São Mateus, Piraporinha e Diadema devem ser precedidas de projeto detalhado para avaliação, bem como da apresentação de planilhas que contemplem o número de passageiros que efetuam a transferência livre entre os sistemas municipais e intermunicipal nos Terminais, custos de mecanismos de controle e arrecadação, e, ainda, da demanda de intercorrências geradoras de manutenção corretiva e preventiva da rede aérea.” (grifos e destaques nossos).

ria e assinado pelo Chefe de Gabinete da EMTU, cópia à fl. 970⁴³; **iii)** Despacho GS nº 137/2011, de 5 de dezembro de 2011, da lavra do Senhor Secretário dos Transportes Metropolitanos, cópia à fl. 972⁴⁴.

21. Ora, como já dito, inerente ao contrato de concessão é a possibilidade de sua alteração **unilateral** por ato do poder concedente. Sendo assim, prescindível era, pelo menos inicialmente, a instrumentalização da modificação mediante a assinatura de termo, razão por que parte dos serviços acrescidos foram assumidos pela concessionária previamente à conclusão do estudo de seu impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e da forma de sua recomposição⁴⁵, a fim de garantir a continuidade dos serviços.

22. Na medida em que as alterações determinadas pelo poder concedente têm ampla relação com a execução do objeto, estando, portanto, dentro do escopo original do ajuste⁴⁶, não há como considerar que os serviços executados antes da assinatura do Termo Aditivo nº 9 não tivessem, naquela oportunidade, *lastro contratual*⁴⁷.

23. A instrução destes autos indica que o propósito do Termo Aditivo nº 9 foi recompor o equilíbrio econômico-financeiro, afetado em razão dos encargos uni-

43 “(...) informamos que, em 23 de novembro de 2011, foi aprovado, em Reunião de Diretoria da EMTU/SP, o Relatório Final e conclusões do Grupo de Trabalho constituído pelo Ato do Presidente nº 28/2011, com o objetivo de reavaliar o Contrato nº 020/97, **sendo autorizado**, na oportunidade, o prosseguimento das tratativas com vistas à formalização de Termo de Aditamento ao referido Contrato, nos moldes propostos pelo Grupo de Trabalho. Pelo exposto, e em conformidade com as sugestões do Grupo de Trabalho aprovadas pela Superior Administração, **a partir de 18 de dezembro de 2011, os serviços de manutenção do sistema elétrico de alimentação de trólebus passarão a ser de responsabilidade dessa Concessionária.**” (grifos nossos).

44 “Nos termos do Despacho CG nº 1543/2011 e da Resolução de Diretoria da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos S/A – EMTU, consubstanciada na Ata da Milésima Ducentésima Décima Segunda Reunião Ordinária, realizada em 23 de novembro de 2011, **estou ciente** das deliberações indicadas, relativamente ao prosseguimento das tratativas com vistas à formalização de termo de aditamento do contrato de concessão sob referência ao citado contrato, nos moldes propostos pelo Grupo de Trabalho referenciado no despacho citado, **e de acordo com a transferência da responsabilidade pelos serviços de manutenção do sistema elétrico de alimentação de trólebus para a Concessionária METRA, a partir de 18 de dezembro de 2011, no Corredor Metropolitano de Trólebus São Mateus/Jabaquara, dadas as circunstâncias especiais.**” (grifos e destaques nossos).

45 “(...) **A intangibilidade da equação econômico-financeira pode traduzir-se em pagamentos realizados pelo poder concedente em prol do concessionário depois do reconhecimento da concretização do desequilíbrio.**” (JUSTEN FILHO, Marçal. “Teoria Geral das Concessões de Serviço Público”. Dialética, 2003, p. 92).

46 Caso contrário, como se viu, haveria burla aos princípios da licitação.

47 Observe-se que o *lastro contratual* na concessão não se resume em atestar a expressa inclusão dos serviços e atividades no objeto originalmente descrito no instrumento, pois, como se disse, mutáveis são as cláusulas regulamentares, “aquelas cuja **substância** diga respeito ao objeto do contrato e à forma de sua execução”, o que significa dizer que “são passíveis de modificação as cláusulas que disciplinem as prestações atribuídas ao concessionário: o objeto do contrato, entendido como a execução da atividade substancial definida pelo ato de outorga (...) O objeto pode ser diminuído, modificado ou incrementado, desde que preservada a essência da contratação (...)” (MOREIRA, Egon Bockmann, ob. cit., p. 381).

lateralmente impostos, considerados também os serviços já realizados⁴⁸. É nesse sentido que dispõe a cláusula segunda desse instrumento, na qual se destaca a **finalidade** da extinção da transferência livre de determinados terminais metropolitanos, qual seja, **remunerar as novas atividades**⁴⁹.

24. A situação, portanto, não possibilita a aplicação do Decreto estadual nº 40.177/1995, tanto em razão de os serviços executados antes do Termo de Aditamento nº 9 **já possuírem lastro no contrato de concessão celebrado, dada a natureza do ajuste**, como pelo fato destes serviços, como aqueles executados após a assinatura do instrumento, terem nas disposições do Termo do Aditamento nº 9 a **previsão da forma de compensação financeira da concessionária**, visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

25. Por sua vez, a não extinção da transferência livre por parte do poder concedente, mediante a fixação de tarifa nos correspondentes terminais, não tem como consequência a falta de lastro financeiro⁵⁰, mas, como bem apontado pela área técnica da EMTU⁵¹, **dá ensejo a novo desequilíbrio**.

26. Assim, neste momento, a **ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato** tem causa diversa daquela que propiciou a celebração do Termo de Aditamento nº 9, ou seja, **parte do fato da não fixação da tarifa e consequente não arrecadação desta pela concessionária nos terminais em que seria extinta a transferência livre**.

26.1. Em função disso, **caso mantidas as disposições do Termo de Aditamento nº 9 e implementada a tarifa** (a respeito do que não se tem notícia nos autos), a apuração do desequilíbrio deve considerar não o custo dos serviços executados e encargos assumidos⁵², mas o valor das tarifas não percebidas⁵³ juntamente com outras variáveis que possam, consoante a equação estabelecida, influir na manutenção das condições inicialmente ajustadas, levando-se em conta

48 Há na cláusula primeira do TA 9 expressa indicação da data de início dos serviços assumidos antes da assinatura do termo.

49 V. transcrição feita no item 3 deste parecer.

50 No contrato de concessão de serviço público, a principal receita da concessionária tende a ser a tarifa paga pelos usuários ao longo do prazo de vigência do ajuste; significa dizer que, diferente dos contratos administrativos de desembolso, não há a necessidade de prévia disponibilidade financeira para a execução das atividades do projeto concessionário.

51 Informação Técnica IT/DMQ/038/2013, cópia às fls. 1.023/1.040.

52 Estes foram considerados para o equacionamento do desequilíbrio verificado anteriormente à assinatura do Termo de Aditamento nº 9.

53 Veja-se o que traz a subcláusula 12.3 da cláusula XII do Contrato EMTU/SP 20/97: **“12.3. Sempre que ocorrer o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, esta será implementada tomando como base os efeitos dos fatos que lhes deram causa, nos itens respectivos das projeções financeiras apresentadas no Anexo XXVI proposta de preços e quadros 01 a 41.”** (gs.ns., fl. 942).

também as novas condições fixadas no Termo de Aditamento nº 9, em especial no que se refere ao novo fluxo de caixa⁵⁴.

26.2. O termo inicial desse cálculo tem previsão expressa na subcláusula 12.7 da cláusula XII do Termo de Contrato EMTU/SP nº 20/97, que dispõe que **“solicitações de recomposição nunca terão efeito retroativo superior a 30 (trinta) dias da data da apresentação do pleito ou da comunicação”** (fl. 943).

27. Perdurando a **impossibilidade de implementação da tarifa nos terminais de transferência livre**, somente a reavaliação das disposições do Termo de Aditamento nº 9 e celebração de novo aditivo com outras bases trará solução à questão⁵⁵, lembrando que tal não significa simplesmente inserir a possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato através de indenização⁵⁶, o que é de todo dispensável⁵⁷, mas escolher ***“medidas eficazes para restaurar a integridade dos fluxos econômico-financeiros do projeto de investimento”***⁵⁸, bem como adotar ***“todas as providências referentes à atenuação da possibilidade de repetição do evento”***⁵⁹.

28. De qualquer sorte, seja para a recomposição do equilíbrio do contrato em razão do descumprimento do Termo de Aditamento nº 9, seja para fins de reavaliação da situação e negociação de novas bases para fins de reequilíbrio, nada impede que se utilizem recursos do Tesouro, não com fulcro no Decreto estadual nº 40.177/1995, mas como forma de reequilibrar o contrato.

28.1. Servem a este, **no que couberem**, os fundamentos constantes da orientação traçada pelo Parecer GPG nº 15/2002⁶⁰ e na manifestação da Subprocuradoria

54 ***“CLÁUSULA SEXTA – DO NOVO FLUXO DE CAIXA – 6.1. A CONCESSIONÁRIA, tendo em vista as novas obrigações previstas nas subcláusulas 1.1.1., 1.1.2, 1.1.3 e 1.1.4 do presente aditivo, deverá, no prazo de 90 (noventa) dias contados da assinatura deste Termo, apresentar novo ‘Fluxo de Caixa’, de acordo com o Quadro 41 do Anexo XXVI, do Contrato de Concessão, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. 6.2. As variações dos custos operacionais e de melhorias estimadas no novo Fluxo de Caixa são consideradas risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA. 6.3. Eventuais oscilações por aumento, redução ou migração da atual demanda de transferência livre nos Terminais Metropolitanos de Diadema, Piraporinha e São Mateus não serão objetos de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo considerados risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA.”***

55 Excluída a forma de recomposição ali prevista, substituindo-a por outra que abarque os serviços já executados e os encargos futuros que, caso necessário, devem ser reduzidos. A recomposição do equilíbrio em novas bases pode, eventualmente, utilizar-se dos valores dos custos dos serviços executados para fins de indenização pelo poder concedente, caso se conclua ser este o meio adequado para tanto.

56 Não na forma do Decreto estadual nº 40.177/1995, mas como mecanismo de reequilíbrio. Essa possibilidade parece ter sido aventada pela área técnica da EMTU na sua manifestação de fls. 1.023/1.040.

57 Consoante Parecer GPG nº 15/2002, o contrato de concessão de serviço público não traz rol taxativo de medidas para recomposição do reequilíbrio, logo, dispensável termo aditivo genérico a esse respeito.

58 MOREIRA, Egon Bockmann, ob. cit., p. 406.

59 MOREIRA, Egon Bockmann, ob. cit., p. 408.

60 Cópias às fls. 2.087/2.097.

Geral do Estado da Área da Consultoria, datada de 06 de janeiro de 2004 e aprovada pelo Senhor Procurador Geral do Estado⁶¹.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 07 de agosto de 2014.

CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES

Procuradora do Estado

PROCESSO: GDOC nº 18488-568390/2014 – vols. I a VI

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA METRA – SISTEMA METROPOLITANO DE TRANSPORTES LTDA.

PARECER: **PA nº 84/2014**

De acordo com o Parecer PA nº **84/2014**, com as observações que se seguem.

Tendo em vista as colocações do item 24 do parecer em exame, pondero que os serviços acrescidos pelo Termo Aditivo nº 9 mostram-se pertinentes ao objeto da concessão. Nesse sentido, pode-se dizer que estão lastreados no contrato firmado, embora constituam novos encargos, não originalmente previstos no objeto concedido. E é justamente essa ausência de previsão que caracterizaria o desequilíbrio econômico-financeiro da avença a justificar a sua recomposição.

Como bem apontado no parecer, o próprio termo aditivo já continha a forma de reequilíbrio: supressão das chamadas “transferências livres”. Se circunstâncias outras fizeram a Administração rever a conveniência dessa supressão, a situação pode ser alterada mediante a fixação de outra forma de recomposição.

O Decreto estadual nº 40.177/1995 não é adequado para instrumentalizar reequilíbrios contratuais em quaisquer contratos, na medida em que isso exige a realização de estudos mais complexos. A aplicação do referido decreto está circunscrita aos contratos de prestação de serviços, realização de obra e fornecimento de bens (art. 1º, I), além da locação de bens imóveis (art. 2º), que tenham sido declarados inválidos ou em que despesas tenham sido realizadas sem cobertura contratual. Em todos esses ajustes, a remuneração do contratado se dá mediante contraprestação pecuniária do contratante. Os contratos de concessão têm uma dinâmica própria não compatível com as disposições do regulamento citado. O

61 Cópia às fls. 2.098/2.112.

Estado não contratou “serviços adicionais” ao concessionário, a serem remunerados de uma só vez ou em prestações mensais contínuas, mas, sim, repassou encargos adicionais à concessão, devendo a equação contratual ser reestudada em seu contexto global e pelos instrumentos próprios, como bem assentado na peça opinativa em exame.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria, com proposta de aprovação do parecer.

São Paulo, 11 de agosto de 2014.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado Chefe
Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

Processo: PGE nº 18488-568390/2014 (STM nº 326/2014 – 6 volumes)

Interessado: Concessionária METRA – Sistema Metropolitano de Transportes LTDA. / Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos EMTU/SP

Assunto: Pagamento de despesas a título indenizatório de serviços prestados sem cobertura contratual e sem cobertura financeira – Decreto nº 40.177/1995 com suas alterações – Contrato EMTU/SP nº 20/1997, processo STM nº 748/1996.

Sem deslustrar o entendimento do órgão consultivo da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, não é aplicável, no caso em exame, o Decreto nº 40.177/1995.

A meu ver, a questão jurídica vertida nos autos deve ser solucionada nos termos das conclusões do Parecer PA nº 84/2014, que mereceu a aquiescência da i. Chefia da Procuradoria Administrativa (fls. 2.163/2.164).

Remeta-se o presente ao Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa em comento.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
Área da Consultoria Geral