

PARECER NPT Nº 147/2023

PROCESSO: 021.00000536/2023-27

INTERESSADO: Concessionária das Linhas 5 e 17 do Metrô de São Paulo S.A.

PARECER: NPT n.º 147/2023

EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO. Contrato de Concessão nº 003/2018, firmado pelo Estado de São Paulo, atualmente representado pela Secretaria de Parcerias em Investimentos, e a Concessionária das Linhas 5 e 17 do Metrô de São Paulo S.A. Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência da perda de receita tarifária provocada pela contabilização de demanda real em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada, nos anos de 2020, 2021 e 2022 e no primeiro trimestre de 2023. Aplicação do mecanismo de compartilhamento do risco de demanda que independe do fato ensejador da variação da demanda real em relação à demanda projetada. Cláusula 48.2 do Contrato. Compartilhamento do risco de demanda independentemente do período relativo à pandemia de Covid-19, sempre que contabilizada demanda real trimestral em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada. Necessidade de consideração de todas as deduções contratuais aplicáveis à receita tarifária, incluindo as relativas à aplicação do Coeficiente de Mensuração de Desempenho da Concessão (“CMD”), nos termos da Cláusula 20.6.2 do Contrato de Concessão. Os valores não arrecadados pela Concessionária, a título de Tarifa de Remuneração, deverão ser considerados de acordo com a tarifa devidamente reajustada de acordo com a fórmula constante da Cláusula 21.1 do Contrato de Concessão. Ajuste inflacionário da moeda, para fins do fluxo de caixa marginal, que deve ser realizado mediante aplicação do IPCA, nos termos da Cláusula 50.5.6, e não da fórmula de reajuste da Tarifa de Remuneração. Necessidade de ajustes à minuta de termo

aditivo modificativo. Proposta de retorno dos autos à origem para prosseguimento de acordo com os apontamentos e recomendações constantes do opinativo.

Sr. Procurador do Estado Coordenador;

1. Trata-se de proposta de celebração de termo aditivo modificativo ao Contrato de Concessão nº 003/2018, firmado pelo Estado de São Paulo, atualmente representado pela Secretaria de Parcerias em Investimentos, e a Concessionária das Linhas 5 e 17 do Metrô de São Paulo S.A., visando a reconhecer o desequilíbrio econômico-financeiro e a promover o correspondente reequilíbrio contratual, em favor da Concessionária, em decorrência da perda de receita tarifária provocada pela contabilização de demanda real em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada, nos quatro trimestres de 2020, 2021 e 2022, bem como no primeiro trimestre de 2023.

2. Inicialmente, a Concessionária apresentou pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em razão dos efeitos provocados pela pandemia de Covid-19 sobre a demanda do serviço concedido, até a publicação da Portaria nº 913, de 22 de abril de 2022, do Ministério da Saúde, a qual declarou o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (“ESPIN”) decorrente do novo coronavírus, nas seguintes comunicações:

- (i) Carta MOB-276/2020, de 09.09.2020, relativa ao primeiro e ao segundo trimestre de 2020 (fls. 02/22);
- (ii) Carta MOB-388/2020, de 23.12.2020, relativa ao terceiro trimestre de 2020 (fls. 24/27);
- (iii) Carta MOB-092/2021, de 25.03.2021, relativa ao quarto trimestre de 2020 (fls. 29/32);
- (iv) Carta MOB-206/2021, de 25.06.2021, relativa ao primeiro trimestre de 2021 (fls. 33/36);
- (v) Carta MOB-317/2021, de 22.09.2021, relativa ao segundo trimestre de 2021 (fls. 37/40);
- (vi) Carta MOB-416/2021, de 20.12.2021, relativa ao terceiro trimestre de 2021 (fls. 41/44);
- (vii) Carta MOB-080/2022, de 17.03.2022, relativa ao quarto trimestre de 2021 (fls. 45/72); e
- (viii) Carta MOB-328/2022, de 27.09.2022, relativa a todo o período da pandemia de Covid-19, abrangendo desde o primeiro trimestre de 2020 até o segundo trimestre de 2022 (fls. 81/90).

2.1. Posteriormente, a Concessionária, por meio da Carta MOB- 416/2022, de 23.12.2022 (fls. 73/80), e da Carta MOB-184/2023, de 16.06.2023 (fls. 110/121), complementou o pedido com os dados relativos ao terceiro trimestre de 2022 e ao primeiro trimestre de 2023, respectivamente.

3. Em 02.06.2023, a Divisão de Controle Econômico e Financeiro da Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões dos Serviços de Transportes Públicos Metropolitanos de Passageiros (“CMCP”) elaborou Parecer Técnico Econômico-Financeiro sobre os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro apresentados pela Concessionária (fls. 91/105).

3.1. Na oportunidade, a Divisão de Controle Econômico e Financeiro reconheceu a existência de desequilíbrio contratual, a ser reequilibrado em favor da Concessionária, mediante a aplicação das regras contratuais de compartilhamento do risco de demanda entre a Contratada e o Poder Concedente, nos seguintes termos:

“[A]pós a emergência da COVID em 2020, a demanda efetiva representou, já no primeiro trimestre, 59% da demanda projetada em contrato. Ou seja, a partir do primeiro trimestre de 2020, considerando a subcláusula 48.9 do contrato, surgiu a necessidade de demonstração de ocorrência inequívoca de desequilíbrio.

Neste sentido, considerando a pujança do efeito da pandemia sobre a concessão, entendemos que a visualização gráfica do comportamento da demanda mensal de passageiros já é suficiente à demonstração do impacto causado na concessão e, considerando que a remuneração da concessão é baseada em tarifa de remuneração por passageiro, demonstra-se também o impacto nas receitas e nos resultados financeiros da concessão: [...]

Quanto ao prazo e duração do evento, verifica-se que a pandemia se iniciou no primeiro trimestre de 2020. A contratada apresentou correspondências referindo-se aos efeitos do flagelo com base na arrecadação ocorrida até o segundo trimestre de 2022. Efetivamente, considerando a finalização da emergência trazida pela ANVISA no período e a queda de grande parte das restrições, tal marco final parece possível de aplicação.

Contudo, a contratada apresentou pedidos de reconhecimento de desequilíbrio para o período posterior ao 2º trimestre sem, entretanto, vincular tais pedidos a pandemia de COVID-19, uma vez, ao que parece, que este evento foi considerado finalizado. Tal interpretação da contratada parece congruente com sua tese, todavia, não foi apresentada pela contratada nos pleitos posteriores ao COVID-19 a causa do não atingimento, motivação solicitada no contrato.

Ora, entende-se que, a princípio, a afluência de repetidos períodos posteriores à pandemia com níveis de demanda mais baixos, mesmo que não tenha ocorrido pela pandemia em si, já que esta havia acabado, advém de uma mudança no

comportamento da sociedade e dos usuários demandantes do serviço. Ou seja, permanece a inexistência de responsabilidade da contratada nos níveis de demanda que vem sendo medidos na concessão.

Por conseguinte, entende-se que, adotando a interpretação proposta de manutenção da utilização dos mecanismos de mitigação de demanda e de solidariedade entre as partes também para os períodos posteriores à pandemia – nos marcos temporais propostos pela contratada –, também inexistem condições agravantes ou atenuantes que importariam na assunção de risco pela contratada referente aos valores inferiores a 60%. Tal premissa, contudo, ao afastar parcialmente a necessidade de delimitação de evento específico causador de desequilíbrio para o período posterior à COVID-19, parece bem se amoldar à análise jurídica posterior.

Assim sendo, propõe-se o tratamento conjunto, nestes autos, dos trimestres posteriores à emergência de pandemia na ANVISA que tenham também apresentado demanda inferior a 60% da demanda projetada em contrato. Ou seja, o período proposto neste relatório finda-se em março de 2023 – 1º trimestre do ano corrente com as mesmas condições de aplicação do mecanismo de mitigação e demanda usual e adicional” (g.n.) (fls. 93/95).

3.2. No mesmo opinativo técnico, a Divisão de Controle Econômico e Financeiro também se manifestou a respeito de ponderação feita pela Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, no Parecer CJ/STM nº 46/2020, o qual abordou o tratamento jurídico a ser dado à aplicação do mecanismo contratual de compartilhamento do risco de demanda entre o Poder Concedente e a Concessionária, em vista dos efeitos causados pela pandemia de Covid-19, nos seguintes termos:

“18. [N]ão resta claro no contrato se, na hipótese de o número de passageiros transportados ultrapassar os limites da chamada banda de demanda, para mais ou para menos, se, quando do cálculo do desequilíbrio econômico financeiro do contrato previsto na Cláusula 48.9, deverá ser considerado apenas os impactos econômico-financeiros resultantes da variação da demanda aquém do patamar de 60% do quanto projetado, ou além do patamar de 140% do quanto projetado, ou se, ao revés, deve ser considerada a totalidade dos impactos econômico-financeiros causados por uma demanda excepcionalmente destoante da que havia sido considerada quando da estruturação do projeto de concessão, incluindo-se nos cálculos, em consequência, também os impactos econômico-financeiros já compensados – nesta hipótese, a título meramente provisório – pelo mecanismo previsto na Cláusula 48.

[...]

21. Nesta esteira, entendo que a própria excepcionalidade da situação capaz de levar a demanda real a patamares tão distantes da demanda projetada inviabiliza que se defina – de antemão, de forma definitiva (para o restante do contrato) e independentemente de uma prévia análise técnica – se, independentemente das

razões que tenham levado o número de passageiros para patamares tão distintos do quanto projetado, e independentemente da aferição do efetivo patamar de variação em relação aos limites previstos na banda de demanda, o pagamento decorrente de tal mecanismo deverá ser tomado, para a parcela de variação de demanda que se situar no interior da banda prevista na Cláusula 48, como uma compensação definitiva, ou se, quando superados estes limites mínimos ou máximos, o procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro deverá calcular a recomposição do equilíbrio contratual como um todo, incluindo a avaliação da suficiência, ou eventual excessividade, do mecanismo contratual previsto na Cláusula 48. [...]

23. De rigor reconhecer, portanto, que as premissas adotadas para a modelagem de tal mecanismo contratual são de caráter econômico-financeiro, sendo a análise jurídica feita a posteriori”.

3.3. A esse respeito, a Divisão de Controle Econômico e Financeiro adotou a premissa de que a lógica de compartilhamento do risco de demanda estabelecida no Contrato de Concessão deve ser mantida, mesmo diante dos efeitos provocados pela pandemia de Covid-19, de modo a somente se imputar totalmente ao Poder Concedente o risco de frustração de arrecadação de receita tarifária quando a demanda real atingir patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada, considerando-se definitivamente realizadas as compensações decorrentes da aplicação do mecanismo contratual de compartilhamento do risco entre o Poder Concedente e a Concessionária nas demais bandas de demanda, nos seguintes termos:

“[D]ialogando com as questões postas pela CJ em seu parecer supracitado, entende-se, quanto aos mecanismos de mitigação de demanda da cláusula 48, que **não há razão para que não seja mantida a matriz de risco para as faixas de atingimento de demanda já abarcadas pelo regramento contratual de mitigação.** Ou seja, **não parece razoável considerar que o Estado assuma, em tais faixas, risco de demanda maior ou menor do que o estipulado no contrato,** visto não haver fatores agravantes como, por exemplo, culpabilidade de quaisquer das partes ou condição que tenha atingido somente o setor em que se insere a contratada. [...]

Já em relação a faixa de demanda inferior a 60%, a princípio não parece haver falar em solidariedade considerando que a gradação de distribuição de risco advinda do próprio contrato já parece caminhar nesta direção e considerando a incrementalidade do risco assumido pelo Poder Concedente paulatinamente em relação ao desvio da projeção de contrato. Reserva-se, entretanto, a futura análise jurídica pelas áreas responsáveis considerando que as premissas propostas também envolvem tal matéria” (g.n.) (fls. 97/98).

3.4. Considerando essas premissas, a Divisão de Controle Econômico e Financeiro reconheceu a existência de desequilíbrio contratual, a ser reequilibrado em favor da Concessionária, no valor de R\$ 95.529.293,63 (noventa e cinco

milhões, quinhentos e vinte e nove mil, duzentos e noventa e três reais e sessenta e três centavos), na data-base contratual, equivalente ao valor atualizado de R\$ 176.765.538,94 (cento e setenta e seis milhões, setecentos e sessenta e cinco mil, quinhentos e trinta e oito reais e noventa e quatro centavos), na data-base de fevereiro/2023 (fl. 104).

4. Em 19.06.2023, a Concessionária, por meio da Carta MOB- 189/2023, manifestou-se a respeito do Parecer Técnico Econômico-Financeiro elaborado pela Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP (fls. 122/136).

4.1. Na oportunidade, a Concessionária discordou de algumas das premissas adotadas no Parecer Técnico Econômico-Financeiro¹, porém, exclusivamente para os fins deste processo, anuiu com o valor apurado pela Divisão de Controle Econômico e Financeiro, desde que retificado erro material verificado no cálculo então realizado (os valores do desequilíbrio nos meses de outubro/2022 a março/2023 não foram considerados nos cálculos), a fim de que seja reconhecido que o valor atualizado do desequilíbrio econômico-financeiro equivale a R\$ 185.190.957,46 (cento e oitenta e cinco milhões, cento e noventa mil, novecentos e cinquenta e sete reais e quarenta e seis centavos), na data-base de fevereiro/2023.

4.2. Na mesma ocasião, a Concessionária também informou as premissas do tratamento contábil e tributário a ser dado ao processo de reequilíbrio econômico-financeiro, o que, considerando a incidência de tributos sobre a renda, resultaria no valor bruto de R\$ 280.592,359,79 (duzentos e oitenta milhões, quinhentos e noventa e dois mil, trezentos e cinquenta e nove reais e setenta e nove centavos), nos seguintes termos:

“Conforme indicado no item “4. Valor de desequilíbrio” do já referido Parecer Técnico, não foi considerado tributo direto sobre as receitas tarifárias. Contudo, destaca-se que haverá incidência de Imposto de Renda na alíquota de 34% sobre o VPL de R\$ 185.190.957,46 na base de fevereiro de 2023, já considerando a correção do erro material apontado no Apêndice I. Assim, o valor bruto a ser reequilibrado é de R\$ 280.592.359,79 na base de fevereiro de 2023, correspondendo a uma diferença de R\$ 95.401.402,33 em relação ao VPL. Com base no disposto, a Concessionária

1 A Concessionária argumenta que, diferentemente do sugerido no parecer técnico, a aplicação do mecanismo contratual de compartilhamento do risco de demanda independe da comprovação da razão causadora da variação da demanda real em relação à demanda projetada, a qual nem sequer deve estar atrelada a um evento de caso fortuito ou força maior, bastando apenas a constatação de demanda real em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada para que se materialize desequilíbrio contratual a ser reequilibrado em favor da Concessionária.

ria solicita o pagamento integral em pecúnia do valor bruto do desequilíbrio, no mesmo ano de seu reconhecimento por essa Comissão. Caso o desequilíbrio não seja pago integralmente, ressaltamos a importância de que seja realizado o aporte mínimo da diferença de R\$ 95.401.402,33 para pagamento dos devidos tributos, de forma que não haja impacto financeiro negativo no caixa da Concessionária, uma vez que o pagamento do tributo em caso como o ora em comento há de ocorrer no lançamento contábil em seu balanço financeiro do montante total a ser reequilibrado, a saber, quando da formalização do correspondente termo aditivo. Um aspecto adicional a ser pontuado é que também não está sendo considerado qualquer valor a título de ISS/ICMS, dado o tratamento atual dispensado às receitas tarifárias e demais relacionadas à remuneração pela prestação do serviço, e não está sendo considerado nenhum valor a título de contribuições ao PIS e Cofins, neste caso, tendo em vista a aplicação do art. 1º da Lei Federal nº 12.860, de 11 de setembro de 2013. A eventual incidência destes tributos modificaria o valor total do desequilíbrio apurado e, neste contexto, entendemos ser necessária a posterior inclusão de cláusula contratual prevendo o recálculo do valor do desequilíbrio caso, por qualquer motivo, venham a ser exigidos tais tributos sobre o valor a ser reequilibrado à Concessionária, como de praxe”.

5. Em 31.07.2023, a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (“FIPE”) concluiu o Relatório Técnico de Avaliação do processo de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão (fls. 159/193 e 195/215).

5.1. Nessa oportunidade, a FIPE certificou a existência do erro material apontado pela Concessionária no cálculo realizado pela Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP, retificando, inclusive, os fatores de reajuste então utilizados pela Unidade, bem como confirmou a proposta de tratamento contábil e tributário apresentada pela Contratada, concluindo pela existência de desequilíbrio contratual, a ser reequilibrado em favor da Concessionária, pelo valor bruto de R\$ 280.701.438,67 (duzentos e oitenta milhões, setecentos e um mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e sessenta sete centavos).

6. Em 04.08.2023, a Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP anuiu com as manifestações da Concessionária e da FIPE a propósito do Parecer Técnico Econômico-Financeiro anteriormente apresentado (fls. 216/222).

6.1. Na ocasião, a Divisão de Controle Econômico e Financeiro apresentou as modalidades de reequilíbrio econômico-financeiro cabíveis no caso concreto, com considerações especiais a respeito do reequilíbrio mediante o emprego de verbas do Tesouro do Estado, nos seguintes termos:

“13. [E]ntende-se que a modalidade de reequilíbrio a ser detalhada no momento é o ressarcimento à Concessionária.

13.1 O valor de reequilíbrio a ser pago na modalidade é de R\$ 280.701.438,67, conforme demonstrado no Anexo ao Processo SEI_021.00000185_2023_54 – G1_P2_M1_L5e17_P3.B – (3851774). Tal valor poderia ser pago imediatamente em relação à emissão dos relatórios e pareceres apresentados nos autos.

13.2 Alternativamente, considerando a condição de pagamento no presente ano fiscal do valor mínimo relativo à incidência tributária, conforme sugestão da contratada, o reequilíbrio dar-se-ia através de pagamento no presente ano de R\$ 95.438.489,15 complementado por pagamentos adicionais perfazendo R\$ 185.262.949,52.

13.3 A título de exemplo, trazemos divisão dos valores e possíveis prazos de pagamento:

- Parcela Única de R\$ R\$ 280.701.438,67 ou · Parcela inicial de R\$ 95.438.489,15 a ser paga em 2023;
- Parcela adicional de R\$ 92.631.474,76 a ser paga em 2024, atualizada de acordo com os reajustes tarifários, no mês destes, e TIR do evento, nos aniversários do contrato transcorridos;
- Parcela adicional de R\$ 92.631.474,76 a ser paga em 2025, atualizada de acordo com os reajustes tarifários, no mês destes, e TIR do evento, nos aniversários do contrato transcorridos.

13.4 Considerando, contudo, que o contrato tem aniversário em agosto, já se presume que será necessária capitalização da taxa de retorno apurada para o evento (5,45%) até a assinatura do aditivo em estudo, resultando nos seguintes valores:

- Parcela única de R\$ 295.999.667,08 ou
- Parcela inicial de R\$ 100.639.886,80 a ser paga em 2023;
- Parcela adicional de R\$ 97.679.890,14 a ser paga em 2024, atualizada de acordo com os reajustes tarifários, no mês destes, e TIR do evento, nos aniversários do contrato transcorridos;
- Parcela adicional de R\$ 97.679.890,14 a ser paga em 2025, atualizada de acordo com os reajustes tarifários, no mês destes, e TIR do evento, nos aniversários do contrato transcorridos” (fls. 220/221).

6.2. De todo modo, a Divisão de Controle Econômico e Financeiro ressaltou a necessidade de manifestação deste Núcleo de Parcerias e Transportes quanto às “premissas e interpretações adotadas, em especial aquelas relacionadas com a aplicação do mecanismo de compartilhamento de demanda do contrato, conforme explanação ofertada no Parecer Técnico” (fl. 219).

7. Em 09.08.2023, o Sr. Coordenador Substituto da CMCP encaminhou o feito ao Sr. Chefe de Gabinete da Secretaria de Parcerias em Investimentos

(fls. 223/224), visando à submissão dos autos a este Núcleo de Parcerias em Investimentos, para manifestação nos termos propostos pela Divisão de Controle Econômico e Financeiro, bem como para análise da minuta de termo aditivo modificativo juntada ao expediente (fls. 225/229).

8. Em seguida, o Sr. Chefe de Gabinete da Secretaria de Parcerias em Investimentos solicitou a análise deste Núcleo de Parcerias e Transportes (fls. 230/231), o qual dispõe de competência para tanto, nos termos da Portaria SubG-Cons nº 03, de 13 de agosto de 2022, com a redação dada pela Portaria SubG-Cons nº 03, de 12 de janeiro de 2023².

É o relatório. Opino.

9. A Cláusula Quadragésima Oitava (“Risco de demanda”) do Contrato de Concessão estabelece um mecanismo contratual de compartilhamento do risco de não-realização da demanda projetada entre o Poder Concedente e a Concessionária³.

9.1. Em princípio, esse mecanismo envolve a realização de ajustes extraordinários à receita devida à Contratada em decorrência da Tarifa de Remuneração, em caso de variação da demanda real trimestral em relação à demanda projetada no mesmo período, conforme as projeções constantes das Cláusulas 48.10 e 48.11 do Contrato de Concessão, na forma disciplinada nas Cláusulas 48.16⁴ e 48.17⁵ do Contrato.

2 “Artigo único - Fica designado o Núcleo de Parcerias e Transportes para exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico à Secretaria de Parcerias em Investimentos, enquanto não for instalada Consultoria Jurídica específica”.

3 “48.1.0 risco de não-realização da DEMANDA PROJETADA, constante da Cláusula 48.10 ou Cláusula 48.11, será compartilhado entre o PODER CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA, nos termos previstos nesta Cláusula”.

4 “48.16. Os ajustes nas receitas da CONCESSIONÁRIA, em função do mecanismo de mitigação do risco de demanda, serão efetuados até o 5º dia útil do mês subsequente ao trimestre considerado para efeito de verificação”.

5 “48.17. O valor Md será pago no decorrer do trimestre subsequente, iniciando-se no dia seguinte ao de sua apuração, em parcelas diárias e iguais”.

9.2. Nesse sentido, segundo as Cláusulas 48.4⁶, 48.5⁷, 48.6⁸, 48.7⁹ e 48.8¹⁰ do Contrato de Concessão, na hipótese de a demanda real trimestral ser contabilizada entre: (i) 90% (noventa por cento) e 110% (cento e dez por cento) da demanda projetada, não deve haver nenhum ajuste; (ii) 90% (noventa por cento) e 80% (oitenta por cento) ou 80% (oitenta por cento) e 60% (sessenta por cento) da demanda projetada, deve haver um ajuste para mais; e (iii) 110% (cento e dez por cento) e 120% (cento e vinte por cento) ou 120% (cento e vinte por cento) e 140% (cento e quarenta por cento), deve haver um ajuste para menos, de acordo com as fórmulas de cálculo estabelecidas no Contrato.

9.3. Para além disso, a Cláusula 48.9 do Contrato de Concessão prevê que, na hipótese de a demanda real trimestral ser contabilizada em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) ou superior a 140% (cento e quarenta por cento) da demanda projetada para o período, está caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, sendo, portanto, cabível o correspondente reequilíbrio, em favor da Concessionária ou do Poder Concedente, conforme o caso¹¹.

6 “48.4. Caso a demanda trimestral real contabilizada esteja entre 90% (noventa por cento) e 110% (cento e dez por cento), inclusive, da DEMANDA PROJETADA para o período, nos termos da Cláusula 48.10 ou da Cláusula 48.11, não haverá nenhum ajuste extraordinário à receita decorrente da TARIFA DE REMUNERAÇÃO”

7 “48.5. Caso a demanda trimestral real contabilizada esteja entre 90% (noventa por cento) e 80% (oitenta por cento), inclusive, da DEMANDA PROJETADA para o período, nos termos da Cláusula 48.10 ou da Cláusula 48.11, haverá ajuste extraordinário para mais na receita decorrente da TARIFA DE REMUNERAÇÃO, mediante aplicação da seguinte fórmula: [...]”.

8 “48.6. Caso a demanda trimestral real contabilizada esteja entre 80% (oitenta por cento) e 60% (sessenta por cento), inclusive, da DEMANDA PROJETADA para o período, nos termos da Cláusula 48.10 ou da Cláusula 48.11, haverá ajuste extraordinário para mais na receita decorrente da TARIFA DE REMUNERAÇÃO, mediante aplicação da seguinte fórmula: [...]”.

9 “48.7. Caso a demanda trimestral real contabilizada esteja entre 110% (cento e dez por cento) e 120% (cento e vinte por cento), inclusive, da DEMANDA PROJETADA para o período, nos termos da Cláusula 48.10 ou da Cláusula 48.11, a receita decorrente da TARIFA DE REMUNERAÇÃO será ajustada para menos, mediante aplicação da seguinte fórmula: [...]”

10 “48.8. Caso a demanda trimestral real contabilizada esteja entre 120% (cento e vinte por cento) e 140% (cento e quarenta por cento), inclusive, da DEMANDA PROJETADA para o período, nos termos da Cláusula 48.10 ou da Cláusula 48.11, as receitas decorrentes da TARIFA DE REMUNERAÇÃO serão ajustadas para menos, mediante aplicação da seguinte fórmula:”.

11 “48.9. Caso a demanda trimestral real contabilizada esteja abaixo de 60% (sessenta por cento) ou acima de 140% (cento e quarenta por cento) da DEMANDA PROJETADA para o período, nos termos da Cláusula 48.10 ou da Cláusula 48.11, caberá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, com

9.4. Nesse sentido, caso a demanda trimestral alcance algum desses patamares, impõe-se a abertura de processo de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, sendo, de todo modo, possível que, paralelamente, promova-se a mitigação do desequilíbrio mediante a manutenção dos ajustes cabíveis na receita da Concessionária, de acordo com o mecanismo previsto nas Cláusulas 48.4 a 48.8, 48.16 e 48.17¹².

9.5. Nesse contexto, foi instaurado o presente processo administrativo, nos termos exigidos pela Cláusula 48.9 do Contrato de Concessão, uma vez que, conforme relatado alhures, constatou-se a contabilização da demanda real trimestral em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada nos anos de 2020, 2021 e 2022, bem como no primeiro trimestre de 2023, o que, a rigor, implica a ocorrência de desequilíbrio contratual a ser reequilibrado em favor da Concessionária.

10. Esclarecidas as linhas básicas do contexto contratual pertinente ao caso concreto, passa-se à análise das premissas adotadas pelos atos administrativos praticados ao longo do presente autuado, conforme o requerido pela Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP (fls. 216/222).

10.1. De todo modo, ressalta-se que esta manifestação se circunscreve aos aspectos jurídicos da matéria telada, escapando à competência estritamente jurídica deste órgão consultivo a análise das premissas e metodologias técnicas e econômico-financeiras pertinentes à mensuração do desequilíbrio econômico-financeiro e do correspondente reequilíbrio contratual de que trata este expediente.

11. Primeiramente, cabe esclarecer que a aplicação do mecanismo de compartilhamento do risco de demanda de que trata a Cláusula Quadragésima Oitava (“Risco de demanda”) do Contrato de Concessão, seja para a realização de ajustes extraordinários na receita tarifária devida à Concessionária, de acordo

a observância de todos os procedimentos necessários à demonstração inequívoca de seu cabimento, seja em favor da CONCESSIONÁRIA, seja em favor do PODER CONCEDENTE”.

12 Esse ponto foi esclarecido pela Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, no Parecer CJ/STM nº 46/2020, nos seguintes termos: “17. Outrossim, mesmo quando ultrapassados tais limites da banda de demanda [previstos na Cláusula 48.9], entendo que a sistemática de pagamento estabelecida no contrato, nos termos das Cláusulas 48.16 e 48.17, indica que a necessidade de abertura de um procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro não obsta a manutenção do mecanismo de compartilhamento de demanda, inclusive na hipótese do número de passageiros transportados ultrapassar os limites de 60% e 140% da demanda estimada”.

com as bandas de demanda previstas nas Cláusulas 48.4 a 48.8, na forma das Cláusulas 48.16 e 48.17, seja para a caracterização de desequilíbrio contratual e a realização do respectivo reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos da Cláusula 48.9, independente do fato ensejador da variação da demanda real em relação à demanda projetada, conforme o expressamente previsto na Cláusula 48.2 do Contrato¹³.

11.1. Em outras palavras, em que pese o presente expediente ter sido instaurado a partir de comunicações da Concessionária em que relatados os efeitos da pandemia de Covid-19 sobre a demanda do serviço concedido, o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão independente de a variação da demanda real em relação à demanda projetada apurada neste autuado estar ou não relacionada ao referido contexto pandêmico.

11.2. Isso porque, de acordo com a matriz de riscos especificamente instituída pelo referido mecanismo contratual de compartilhamento do risco de demanda, o evento de desequilíbrio sob responsabilidade do Poder Concedente no caso em análise, a ser identificado nos termos da Cláusula 50.4.1 do Contrato de Concessão¹⁴, não consiste na ocorrência de episódio de caso fortuito ou força maior, ou qualquer outra circunstância relacionada à teoria das áleas contratuais, mas na própria contabilização de demanda real trimestral em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada, nos termos da Cláusula 48.9 do Contrato.

11.3. Por esse motivo, para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e a realização do correspondente ree-

13 “48.2.A aplicação do mecanismo de compartilhamento previsto nesta Cláusula independente do fato ensejador da variação da DEMANDA PROJETADA, não havendo cabimento de qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro adicional em favor de quaisquer das PARTES, inclusive em razão dos eventos a seguir listados: (i) inclusão de novas linhas no SISTEMA METROFERROVIÁRIO; (ii) inclusão, exclusão ou alteração do itinerário de linhas dos serviços de transporte público coletivo de passageiros sobre pneus, seja de competência estadual ou municipais; (iii) alteração das condições socioeconômicas em relação às quais a demanda foi projetada pela ADJUDICATÁRIA; (iv) surgimento de outros modais de transporte coletivo de passageiros; e (v) fatos caracterizáveis como caso fortuito ou força maior”.

14 “50.4. Quando o pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro for iniciado por requerimento da CONCESSIONÁRIA, o pedido deverá ser devidamente fundamentado, e estar acompanhado de todos os documentos necessários à demonstração do cabimento do pleito, inclusive quanto à: 50.4.1. Identificação precisa do evento de desequilíbrio, acompanhado, quando pertinente, de evidência da responsabilidade do PODER CONCEDENTE”.

quilíbrio contratual, é irrelevante o fato de a Concessionária não ter indicado a causa da variação da demanda no período posterior à pandemia de Covid-19, conforme inicialmente destacado pelo Parecer Técnico Econômico-Financeiro da Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP (fl. 94),, o que, inclusive, foi posteriormente reconhecido pela referida área técnica (fl. 217).

11.4. De todo modo, cabe observar que a Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP incorporou o período posterior à pandemia de Covid-19 no cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro apurado neste autuado, razão pela qual a Concessionária anuiu com o valor então alcançado, ressaltando apenas um simples erro material, que já foi corrigido no Relatório Técnico de Avaliação da FIPE (fls. 195/215), o qual foi ratificado pela referida área técnica (fls. 216/222).

11.5. Sendo assim, caso inexistam outras divergências conceituais entre a Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP e a Concessionária, recomenda-se a supressão, da minuta de termo aditivo modificativo acostada aos autos, das previsões segundo as quais os fundamentos e critérios de apuração utilizados para o dimensionamento do desequilíbrio econômico-financeiro e a realização do respectivo reequilíbrio no caso concreto aplicam-se exclusivamente à presente hipótese e não constituem precedente válido para qualquer outro fim (fls. 225/229).

12. Em prosseguimento, cabe destacar que está correto o entendimento adotado pela Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP de que a lógica de compartilhamento do risco de demanda prevista na Cláusula Quadragésima Oitava (“Risco de demanda”) do Contrato de Concessão deve ser integralmente mantida mesmo no período relativo à pandemia de Covid-19 e na hipótese de contabilização de demanda real trimestral em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada.

12.1. Com efeito, essa Cláusula estabelece um regramento unificado de compartilhamento do risco de demanda entre o Poder Concedente e a Concessionária, no âmbito de diferentes bandas de demanda, incluindo a hipótese de contabilização de demanda real trimestral em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) ou superior a 140% (cento e quarenta por cento) da demanda projetada. A diferença desta faixa de demanda em relação às demais é que, caso verificada, impõe-se a abertura formal de processo de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, no qual a medida de reequilíbrio a ser adotada não necessariamente envolve a realização de ajuste à receita

tarifária decorrente da Tarifa de Remuneração, mas qualquer outra medida admitida pela Cláusula 50.13 do Contrato.

12.2. Nesse sentido, como reconhecido pela Divisão de Controle Econômico-Financeiro da CMCP, isso significa que, no caso concreto, somente devem ser totalmente imputados ao Poder Concedente os efeitos da variação da demanda real trimestral contabilizada em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada, e apenas no que se refere a essa banda de demanda, nos termos da Cláusula 48.9 do Contrato de Concessão. Nas demais bandas estabelecidas nas Cláusulas 48.4 a 48.8 do Contrato, devem ser observados os termos do compartilhamento do risco de demanda entre o Poder Concedente e a Concessionária, considerando-se definitivas as compensações realizadas mediante os ajustes extraordinários de receita feitos na forma das Cláusulas 48.16 e 48.17.

12.3. Nesse particular, como relatado alhures, a Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, no Parecer CJ/STM nº 46/2020, perfilhou o entendimento de que “não resta[ria] claro no contrato se [...] quando do cálculo do desequilíbrio econômico financeiro do contrato previsto na Cláusula 48.9, deverá ser considerado apenas os impactos econômico-financeiros resultantes da variação da demanda aquém do patamar de 60% do quanto projetado, ou além do patamar de 140% do quanto projetado, ou se, ao revés, deve ser considerada a totalidade dos impactos econômico-financeiros causados por uma demanda excepcionalmente destoante da que havia sido considerada quando da estruturação do projeto de concessão, incluindo-se nos cálculos, em consequência, também os impactos econômico-financeiros já compensados – nesta hipótese, a título meramente provisório – pelo mecanismo previsto na Cláusula 48”, tendo legado essa questão à análise jurídica posterior.

12.4. No entanto, em que pese a abertura então reconhecida pela Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, é possível compreender que a Cláusula 48.2 do Contrato de Concessão, ao afirmar que não é cabível qualquer pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro adicional ao determinado pelo mecanismo contratual de compartilhamento do risco de demanda, afasta a validade de qualquer interpretação no sentido de que, na hipótese de contabilização de demanda trimestral real em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) – ou superior a 140% (cento e quarenta por cento) – da demanda projetada, o processo de reequilíbrio contratual, instaurado nos termos exigidos pela Cláusula 48.9, poderia implicar a revisão das compen-

sações previamente realizadas na forma das Cláusulas 48.16 e 48.17, com eventual redistribuição da proporção de risco alocada ao Poder Concedente e à Concessionária nas bandas estabelecidas nas Cláusulas 48.4 a 48.8.

12.5. Por evidente, isso não significa que haveria óbices jurídicos a que as partes avaliassem tecnicamente a adequação do mecanismo contratual de compartilhamento do risco de demanda para a garantia da continuidade da prestação do serviço concedido, sobretudo em circunstâncias excepcionais, como a pandemia de Covid- 19, com a adoção de soluções alternativas para a preservação do equilíbrio econômico- financeiro do Contrato de Concessão. Trata-se de possibilidade inerente à natureza incompleta dos contratos de parceria, que, como sabido, são “realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante sua execução”¹⁵.

12.6. No entanto, dado que foi plenamente garantida a continuidade da prestação do serviço concedido, mesmo durante o referido contexto pandêmico, mediante a manutenção dos pagamentos decorrentes dos ajustes de receita realizados de acordo com as bandas estabelecidas nas Cláusulas 48.4 a 48.8, na forma das Cláusulas 48.16 e 48.17, em paralelo à instauração do procedimento de reequilíbrio contratual, nos termos da Cláusula 48.9, não se vislumbra razão para que se deixe de observar estritamente os termos do compartilhamento do risco de demanda determinados pelo Contrato de Concessão, reputando-se como definitivas as compensações previamente realizadas.

12.7. Trata-se da premissa adotada pela Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP, tendo a Concessionária anuído com o valor do desequilíbrio econômico-financeiro assim apurado pela referida área técnica, não havendo, portanto, motivo para infirmar os procedimentos adotados em virtude de análise jurídica posterior.

13. Quanto às demais premissas e metodologias adotadas pela Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP para a mensuração do desequilíbrio econômico-financeiro e do respectivo reequilíbrio contratual devido à Concessionária, revisadas, sob o ponto de vista técnico, pela FIPE, com a posterior anuência da área técnica, cabe ressaltar que, a rigor, a matéria escapa à

15 GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parceria e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 148-149.

competência estritamente jurídica deste órgão consultivo, sendo, de todo modo, pertinentes os seguintes apontamentos.

13.1. Segundo a documentação carreada aos autos, é importante observar que os únicos encargos incidentes sobre a receita tarifária considerados para a mensuração do desequilíbrio e o cálculo do reequilíbrio contratual consistiram nos tributos diretos incidentes sobre a renda da Concessionária – Imposto de Renda (“IR”) e Contribuição Sobre o Lucro Líquido (“CSLL”)¹⁶ – e no custo de arrecadação decorrente da utilização do sistema do Bilhete Único, além dos valores devidos a título de outorga variável e ônus de fiscalização, nos termos das Cláusulas 23.2¹⁷ e 23.3¹⁸ do Contrato de Concessão.

13.1.1. A esse respeito, é relevante notar, ainda, que a minuta de termo aditivo modificativo juntada ao expediente indica que o valor a ser pago à Concessionária a título de reequilíbrio econômico-financeiro, notadamente na hipótese de reequilíbrio mediante o emprego de verbas do tesouro, “não sofrerá qualquer dedução aplicável à RECEITA TARIFÁRIA, inclusive, mas não se limitando a, deduções decorrentes da aplicação do Indicador de Qualidade de Serviço (IQS) e do Indicador de Qualidade do Serviço de Manutenção (IQM)”.

16 Os cálculos consideraram a isenção de ICMS, nos termos do art. 78 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 45.490, de 30 de novembro de 2000, a não incidência de ISSQN e a aplicação de alíquota zero de PIS e COFINS sobre a receita decorrente da prestação de serviços de transporte público coletivo municipal de passageiros por meio metroviário, nos termos da Lei federal nº 12.860, de 11 de setembro de 2013. De acordo com o Relatório Técnico de Avaliação da FIPE, os efeitos da incidência da CRPB sobre as receitas da Concessionária, nos termos da Lei federal nº 12.546, de 14 de dezembro de 2021, serão avaliados por ocasião da apuração do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em decorrência do impacto da variação da demanda real em relação à demanda projetada sobre os custos suportados pela Concessionária (fls. 213/214), com o que anuiu a Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP, que asseverou que “a análise quanto ao possível impacto deste tributo carece de análises mais aprofundadas” (fl. 218).

17 “23.2. A CONCESSIONÁRIA, complementarmente, pagará ao PODER CONCEDENTE o valor correspondente a 1% (um por cento) da RECEITA TARIFÁRIA bruta, mensalmente, a título de OUTORGA VARIÁVEL da CONCESSÃO, a partir do início da OPERAÇÃO COMERCIAL pela CONCESSIONÁRIA, de acordo com normatização a ser fixada pelo PODER CONCEDENTE, observada a Cláusula 20.6.2, inciso (ii)”.

18 “23.3. A CONCESSIONÁRIA pagará mensalmente ao órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta do ESTADO responsável pelo exercício da atividade de gerenciamento e fiscalização, o valor correspondente a 1% (um por cento) da RECEITA TARIFÁRIA bruta, pela atividade de gerenciamento e fiscalização do CONTRATO, a partir da assunção da OPERAÇÃO COMERCIAL pela CONCESSIONÁRIA do TRECHO EM OPERAÇÃO, de acordo com normatização a ser fixada pelo PODER CONCEDENTE, observada a Cláusula 20.6.2, inciso (i)”.

13.1.2. No entanto, essa premissa é incorreta, uma vez que, em se tratando de processo de reequilíbrio econômico-financeiro que visa à recomposição de perda de receita tarifária decorrente da variação a menor da demanda real em relação à demanda projetada, o reequilíbrio deve sofrer todas as deduções contratuais aplicáveis à receita tarifária, incluindo as relativas à aplicação do Coeficiente de Mensuração de Desempenho da Concessão (“CMD”), nos termos da Cláusula 20.6.2 do Contrato de Concessão¹⁹, assim como ocorreria caso não houvesse a ocorrência do evento de desequilíbrio (contabilização de demanda real trimestral em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada no período) e a Concessionária auferisse a receita que deixou de arrecadar.

13.1.3. Sendo assim, recomenda-se a revisão do valor do desequilíbrio e do reequilíbrio contratual, bem como a supressão da referida previsão da minuta de termo aditivo modificativo, salvo se indicado, no documento, o valor do reequilíbrio que já considere eventual dedução decorrente da aplicação do CMD, caso em que essa condição deverá ser especificamente indicada no termo.

13.2. Para além disso, cabe observar que, de acordo com a metodologia aplicada pela FIPE, o cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro e do corres-

19 “20.6.2. O valor final a ser transferido da CONTA DE ARRECAÇÃO para a conta corrente de titularidade da CONCESSIONÁRIA considerará a dedução dos valores devidos pela CONCESSIONÁRIA, a qualquer título, destacando-se os seguintes: (i) 1% (um por cento) da RECEITA TARIFÁRIA bruta mensal, pelo exercício das atividades de gerenciamento e fiscalização do CONTRATO, que será transferido até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente ao da apuração, ao órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta do ESTADO responsável pelo exercício da atividade de gerenciamento e fiscalização do CONTRATO, a partir da assunção da OPERAÇÃO COMERCIAL pela CONCESSIONÁRIA do TRECHO EM OPERAÇÃO, de acordo com normatização a ser fixada pelo PODER CONCEDENTE; (ii) 1% (um por cento) da RECEITA TARIFÁRIA bruta mensal, a título de OUTORGA VARIÁVEL, que será transferido até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente ao da apuração, ao PODER CONCEDENTE, de acordo com normatização a ser fixada pelo PODER CONCEDENTE; (iii) os montantes devidos pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, a qualquer título, já líquidos e exigíveis após a conclusão, se o caso, do correspondente processo administrativo, incluindo multas, indenizações, no momento do pagamento do valor devido, no limite de até 5% (cinco por cento) do valor diário devido à CONCESSIONÁRIA, sendo que os valores remanescentes serão descontados nos dias subsequentes, até a plena quitação do valor devido; e (iv) Até 5% (cinco por cento), após o período indicado nas Cláusulas 20.6.2.3 e 20.6.2.4, mediante aplicação do COEFICIENTE DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO DA CONCESSÃO - CMDC, mecanismo de verificação da qualidade e da disponibilidade, conforme metas e padrões apurados por meio dos indicadores IQM e IQS, medidos na prestação dos serviços de operação e de manutenção pela CONCESSIONÁRIA, para cada uma das LINHAS, desde o início da OPERAÇÃO COMERCIAL DA LINHA 5 e da OPERAÇÃO COMERCIAL DA LINHA 17, de acordo com as seguintes fórmulas de cálculo: [...]”

pondente reequilíbrio contratual devido à Concessionária envolveu a aplicação de fator de inflação/deflação, visando à definição do valor do desequilíbrio/reequilíbrio na data-base de fevereiro/2023, de acordo com a fórmula paramétrica constante da Cláusula 21.1 do Contrato de Concessão²⁰.

13.2.1. A esse respeito, cumpre destacar que a Cláusula 21.1 do Contrato de Concessão é aplicável para o reajuste da Tarifa de Remuneração devida à Concessionária, de acordo com fórmula paramétrica que envolve a variação do Índice de Preços ao Consumidor (“IPC”) da FIPE e do índice de reajuste aplicado às tarifas do serviço de distribuição de energia elétrica prestado pela Eletropaulo, conforme divulgado em resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”).

13.2.2. Nesse sentido, o referido dispositivo contratual é aplicável para determinar quais seriam os valores, devidamente reajustados, que deixaram de ser arrecadados pela Concessionária, a título de Tarifa de Remuneração, em cada um dos trimestres em que houve a contabilização de demanda real em patamar inferior à demanda projetada.

13.2.3. No entanto, para fins do cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro e do respectivo reequilíbrio contratual decorrente da perda de receita tarifária provocada pela variação da demanda real em relação à demanda projetada, notadamente para trazer a uma mesma data-base todos os referidos valores que deixaram de ser arrecadados pela Concessionária, a título de Tarifa de Remuneração, não é aplicável a fórmula prevista na Cláusula 21.1 do Contrato de Concessão, mas sim a regra específica prevista na Cláusula 50.5.6²¹.

13.2.4. Vale dizer, os valores não arrecadados pela Concessionária, a título de Tarifa de Remuneração, deverão ser considerados, para fins de cálculo da receita frustrada, devidamente reajustados de acordo com a fórmula constante da Cláusula 21.1 do Contrato de Concessão.

13.2.5. No entanto, para fins de incorporação destes valores no fluxo de caixa marginal, considerando a necessidade de que todos os valores estejam sob uma mesma moeda, na mesma data-base, tais dados devem ser inseridos

20 “21.1. A TARIFA DE REMUNERAÇÃO será reajustada anualmente, nos termos da Lei Federal n.º 9.069/1995, tendo como data base 01/02/2017, pela aplicação da seguinte fórmula paramétrica: [...]”.

21 “50.5.6. Quando os fluxos de caixa do negócio a que se refere a Cláusula 50.5 forem apurados em reais (R\$) correntes, a taxa de desconto descrita na Cláusula 50.5.4 deverá incorporar o IPCA”.

com a atualização monetária decorrente da aplicação do IPCA/IBGE (e não variação do IPC- FIPE e da índice de reajuste tarifário aplicado no setor elétrico), nos termos da Cláusula 50.5.6 do Contrato, acrescida da taxa de desconto definida na forma da Cláusula 50.5.4²², visando ao cálculo do valor presente líquido do fluxo.

13.2.6. Sendo assim, impõe-se a revisão do valor do desequilíbrio/reequilíbrio contratual, de acordo com o exposto acima.

14. Quanto à modalidade de reequilíbrio econômico-financeiro a ser adotada no caso concreto, a decisão compete ao Sr. Secretário de Parcerias em Investimentos, nos termos da Cláusula 50.13 do Contrato de Concessão²³23, do art. 12, V, do Decreto nº 67.435, de 1º de janeiro de 2023²⁴24, e do art. 18, IV, da Resolução SPI nº 10, de 27 de março de 2023²⁵.

14.1. Nesse particular, não há óbice jurídico a que, na hipótese de decisão de reequilíbrio mediante o emprego de verbas do Tesouro do Estado e de parcelamento dos pagamentos a serem realizados pelo Poder Concedente, atenda-se ao pedido da Concessionária para que a primeira parcela tenha, no mínimo, valor equivalente à tributação incidente sobre o valor total do reequilíbrio, so-

22 “50.5.4. A taxa de desconto real anual a ser utilizada no cálculo do valor presente de que trata a Cláusula 50.5.3, será igual a 158% (cento e cinquenta e oito por cento) da média dos últimos 3 (três) meses da taxa bruta de juros de venda das NTN B, ex ante à dedução do Imposto de Renda, com vencimento compatível com o término do CONTRATO, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional, apurada na data do efetivo impacto do evento de desequilíbrio no fluxo de caixa da CONCESSIONÁRIA”.

23 “50.13. O PODER CONCEDENTE terá a prerrogativa de escolher, dentre as seguintes opções, ou outras que forem legalmente admitidas, a forma pela qual será implementada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, buscando sempre assegurar a continuidade da prestação do SERVIÇO CONCEDIDO, e desde que assegurada a efetiva recomposição do desequilíbrio econômico-financeiro reconhecido: (i) alteração do prazo de CONCESSÃO; (ii) revisão da TARIFA DE REMUNERAÇÃO; (iii) alteração das obrigações previstas neste CONTRATO; (iv) alteração do percentual da OUTORGA VARIÁVEL ou do percentual devido em razão do exercício das atividades de gerenciamento e fiscalização do CONTRATO; (v) ressarcimento ou indenização à CONCESSIONÁRIA; ou (vi) combinação das modalidades anteriores, ou outras permitidas pela legislação, a critério do PODER CONCEDENTE”.

24 “Art. 12. Compete ao Secretário de Parcerias em Investimentos representar o Estado, na condição de Poder Concedente, na prática dos atos a este reservados por lei, regulamento ou contrato, em relação aos seguintes serviços públicos: (...) V – transporte metroferroviário”.

25 “Art. 18. Sem prejuízo dos demais atos a este reservados por lei, regulamento ou contrato, compete ao Poder Concedente, representado pela Secretaria de Parcerias em Investimentos, nas matérias sob competência da CMCP: (...) IV – aprovar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão”.

bretudo porque este é contabilmente escriturado, pela Contratada, a partir do momento em que formalizado pelo Poder Concedente, independentemente do momento em que efetivamente pagas as respectivas parcelas.

14.2. Há que se ressaltar, entretanto, que o parcelamento do pagamento do reequilíbrio ampliará o valor do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e, conseqüentemente, o volume de recursos públicos necessários para a recomposição do equilíbrio contratual, em razão da incidência, ao longo do tempo, da taxa interna de retorno do fluxo de caixa marginal, o que deve ser ponderado pelo Sr. Secretário de Parcerias em Investimentos, como alertado pela Divisão de Controle Econômico e Financeiro da CMCP.

14.3. De qualquer forma, anteriormente à decisão do Sr. Secretário de Parcerias em Investimentos, o Colegiado da CMCP, e não apenas a Divisão de Controle Econômico e Financeiro, deve formalmente deliberar sobre o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e sobre as propostas de modalidade de reequilíbrio, incluindo classificação de acordo com critério de vantajosidade e impacto sob a perspectiva do programa estadual de concessões e parcerias público-privadas, nos termos do art. 3º, II e III, da Resolução SPI nº 10/2023²⁶, e do art. 3º da Resolução SPI nº 01/2023²⁷.

15. Sobre a minuta de termo aditivo modificativo, observa-se que o documento atende à finalidade pretendida pela Administração, sendo, entretanto, cabíveis alguns apontamentos.

15.1. Quanto ao preâmbulo da minuta de termo aditivo modificativo, recomenda-se a supressão da menção ao disposto no art. 65, II, “d”, da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993²⁸, como fundamento para a celebração do aditamento, uma vez que, no caso concreto, a recomposição do equilíbrio

26 “Art. 3º. Compete ao Colegiado da CMCP: (...) II – deliberar a respeito de pedidos de reconhecimento de eventos de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão; III – encaminhar propostas de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão para aprovação do Poder Concedente”.

27

28 “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) 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 conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em

econômico- financeiro do Contrato de Concessão não decorre da superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, tampouco da materialização de episódio de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configure álea econômica extraordinária e extracontratual, mas simplesmente do previamente convencionado pelas partes no mecanismo de compartilhamento do risco de demanda contratualmente estabelecido, em especial no disposto na Cláusula 48.9 do Contrato.

15.2. Quanto ao penúltimo item dos “*consideranda*” da minuta de termo aditivo modificativo, recomenda-se a supressão da expressão “devido à perda de receita tarifária advinda do impacto da pandemia de COVID-19 sobre a redução da demanda de passageiros”.

15.2.1. Isso porque, como exposto no item 12 deste opinativo, embora o presente expediente tenha sido instaurado a partir de comunicações da Concessionária em que relatados os efeitos da pandemia de Covid-19 sobre a demanda do serviço concedido, o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão independe de a variação da demanda real em relação à demanda projetada estar ou não relacionada ao referido contexto pandêmico, sendo o verdadeiro evento de desequilíbrio apurado neste autuado a contabilização de demanda real trimestral em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da demanda projetada, independentemente do fato que tenha dado causa a essa circunstância.

15.3. Quanto à Cláusula Primeira (“Objeto”) da minuta de termo aditivo modificativo, considerando que o aditamento ora proposto tem por objeto apenas o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e a realização do correspondente reequilíbrio, em favor da Concessionária, em decorrência da perda de receita tarifária provocada pela contabilização de demanda real em patamar inferior à demanda projetada, sem abordar, nessa oportunidade, eventual desequilíbrio contratual decorrente dos impactos da variação da demanda sobre os custos pertinentes à prestação do serviço concedido, potencialmente passível de reequilíbrio, se o caso, em favor do Poder Concedente, recomenda-se a inclusão de dispositivo que expressamente indique essa circunstância, nos seguintes termos:

caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

“1.2. O presente termo aditivo tem por objeto exclusivamente o desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO que decorre da perda de RECEITA TARIFÁRIA provocada pela contabilização de demanda real trimestral em patamar inferior a 60% (sessenta por cento) da DEMANDA PROJETADA no período de que trata a Cláusula 1.1, sendo eventual desequilíbrio contratual decorrente dos impactos da variação da demanda sobre os custos pertinentes à prestação do SERVIÇO CONCEDIDO apurado em sede de processo administrativo próprio, a ensejar a celebração de termo aditivo específico, se o caso”.

15.4. Quanto à Cláusula Segunda (“Desequilíbrio econômico- financeiro do contrato”), Subcláusula 2.3, alínea “a”, da minuta de termo aditivo modificativo, reitera-se a recomendação constante do item 12.4 deste opinativo, de modo que o dispositivo deve ser excluído caso inexistam outras divergências entre a CMCP e a Concessionária, para além da questão relativa à desnecessidade de comprovação do fato ensejador da contabilização da demanda real em patamar inferior à demanda projetada para fins do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, nos termos da Cláusula 48.9 do Contrato.

15.5. Quanto à Cláusula Terceira (“Reequilíbrio econômico- financeiro do contrato”), Subcláusula 3.1, da minuta de termo aditivo modificativo, recomenda-se a substituição da expressão “por meio de RESSARCIMENTO” por “por meio do emprego de verbas do Tesouro do Estado”, uma vez que o reequilíbrio econômico-financeiro, neste caso concreto, não implica a recomposição de qualquer tipo de custo adicional incorrido pela Concessionária, mas sim da perda de receita (tarifária).

15.6. Quanto à Cláusula Terceira (“Reequilíbrio econômico- financeiro do contrato”), Subcláusula 3.2, da minuta de termo aditivo modificativo, recomenda-se a alteração do dispositivo em questão, uma vez que, conforme o exposto no item 13.2 deste opinativo, a atualização do valor do desequilíbrio econômico-financeiro e do correspondente reequilíbrio contratual não deve observar a fórmula de reajuste da Tarifa de Remuneração, prevista na Cláusula 21.1 do Contrato, mas sim a regra constante da Cláusula 50.5.6, nos seguintes termos:

“3.2. Os valores indicados nos subitens do item 3.1 acima serão atualizados monetariamente, nos aniversários de vigência do CONTRATO, mediante a incidência da taxa interna de retorno, incorporada do IPCA, nos termos da Cláusula 50.5.6 do CONTRATO”.

15.7. Quanto à Cláusula Terceira (“Reequilíbrio econômico- financeiro do contrato”), Subcláusula 3.3, do termo aditivo modificativo, reitera-se a recomendação constante do item 14.4 deste opinativo, uma vez que, em se tratando de

reequilíbrio econômico-financeiro que visa à recomposição de perda de receita tarifária, o reequilíbrio deve sofrer todas as deduções contratuais aplicáveis à receita tarifária, incluindo as relativas à aplicação do CMD, nos termos da Cláusula 20.6.2 do Contrato de Concessão.

16. Por todo o exposto, nos limites da competência estritamente jurídica deste órgão consultivo, excluídos os aspectos técnicos e discricionários pertinentes à matéria telada, propõe-se o retorno dos autos à origem para prosseguimento dos trâmites pertinentes à celebração do termo aditivo modificativo ora proposto, desde que atendidos todos os apontamentos e recomendações constantes do opinativo.

É o parecer, à autoridade superior.

São Paulo, 22 de agosto de 2023.

CAIO CÉSAR ALVES FERREIRA RAMOS

Procurador do Estado

PROCESSO: 021.00000536/2023-27

INTERESSADO: Concessionária das Linhas 5 e 17 do Metrô de São Paulo S.A.

ASSUNTO: Desequilíbrio econômico-financeiro: Impactos da pandemia de COVID-19 sobre a receita tarifária – Apuração do desequilíbrio econômico-financeiro referente aos impactos da pandemia de COVID-19 sobre a receita tarifária da concessão firmada com a Concessionária das Linhas 5 e 17 do Metrô de São Paulo S.A.

PARECER: NPT n.º 147/2023

1. Me manifesto favoravelmente ao Parecer NPT n.º 147/2023, por seus próprios fundamentos, destacando que o evento de desequilíbrio reconhecido nestes autos é a própria constatação de demanda trimestral inferior a 60% da demanda trimestral estimada, sendo absolutamente irrelevantes as razões que conduziram a tal redução da demanda.

2. Considerando que a matéria não se enquadra nas hipóteses de dispensa de apreciação da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, decorrente da Ordem de Serviço SubG. Cons n.º 1, de 19 de agosto de 2022, que regulamenta a Portaria SubG-Cons n.º 3, de 11 de agosto de 2022, encaminhe-se à Subprocuradora Geral da Consultoria Geral, com proposta de aprovação.

São Paulo, 22 de agosto de 2023.

THIAGO MESQUITA NUNES

Procurador do Estado Assessor Coordenador do Núcleo de Parcerias e Transportes

PROCESSO: 021.00000536/2023-27

INTERESSADO: Concessionária das Linhas 5 e 17 do Metrô de São Paulo S.A.
ASSUNTO: Desequilíbrio econômico-financeiro: Impactos da pandemia de COVID-19 sobre a receita tarifária – Apuração do desequilíbrio econômico-financeiro referente aos impactos da pandemia de COVID-19 sobre a receita tarifária da concessão firmada com a Concessionária das Linhas 5 e 17 do Metrô de São Paulo S.A.

PARECER: NPT n.º 147/2023

Com o destaque constante do despacho do Procurador do Estado Assessor, Coordenador do Núcleo de Parcerias e Transportes, aprovo o Parecer NPT n.º 147/2023 que, nos limites das atribuições do órgão consultivo, examinou consulta atinente à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão n.º 3/2018, indicando a viabilidade, do ângulo jurídico, de celebração de termo de aditamento, desde que observadas as recomendações veiculadas no opinativo. Restitua-se, pois, à origem, para ciência e prosseguimento.

SubG-Consultoria, 22 de agosto de 2023.

ALESSANDRA OBARA SOARES DA SILVA
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO CONSULTORIA GERAL