

COMENTÁRIOS SOBRE AS INOVAÇÕES TRAZIDAS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DAS LINHAS 8 E 9 DA CPTM QUANTO À POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA À CONCESSIONÁRIA DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS ALOCADAS ORIGINALMENTE AO PODER CONCEDENTE

Anna Luisa Barros Campos Paiva Costa¹

Lorena de Moraes e Silva²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O objeto da concessão onerosa do serviço público de transporte de passageiro das linhas 8 e 9 da CPTM; 3. Das obrigações transferíveis do Poder Concedente à Concessionária; 4. Da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato relativo aos Encargos Transferíveis; 5. Casos

1 Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

2 Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

concretos em que houve atraso nos investimentos originalmente atribuídos ao Poder Concedente: Linha 4 do Metrô, Rodoanel Norte e Rodovia dos Tamoios. Análise das consequências; 6. Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade retratar e analisar o avanço no regramento dos Contratos de Concessão Comum e Patrocinada no âmbito do estado de São Paulo, relativamente às obrigações alocadas originalmente ao Poder Concedente e que, em virtude de inadimplemento, necessitam ser transferidas à concessionária, causando desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. A análise baseou-se no Contrato de Concessão Comum das Linhas 8 e 9 da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), que inovou ao prever condições e parâmetros detalhados para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro em tal hipótese. Estabeleceu-se, igualmente, um paralelo entre o referido contrato e os Contratos de Concessão Patrocinada da Linha 4 do Metrô e da Rodovia dos Tamoios, assim como da Concessão Comum do Rodoanel.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato. Concessão de serviços públicos. Transferência de obrigações. Desequilíbrio econômico-financeiro. Reequilíbrio econômico-financeiro.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por finalidade discutir um aspecto específico da realização de investimentos adicionais pela concessionária durante a vigência do Contrato de Concessão Comum ou Patrocinada, qual seja, a necessidade de realização de investimentos decorrentes de dificuldades do Poder Concedente em cumprir as obrigações contratuais a ele alocadas, no prazo e na qualidade exigidos, acarretando a transferência de sua execução e das obrigações contratuais pertinentes.

O estado de São Paulo, por meio da edição da Lei Estadual nº 9.361/1996 criou seu Programa Estadual de Desestatização (PED), sendo que, ao longo desses 25 anos, foram realizadas mais de

30 concessões de serviços públicos rodoviários³, metroviários⁴, aeroviários⁵, entre outros.

- 3 Vinte e três concessões rodoviárias, sendo 22 concessões comuns e uma concessão patrocinada.
- Concessões comuns: Lote 01 – Autoban; Lote 03 – Tebe; Lote 05 – Vianorte (contrato encerrado em maio de 2018); Lote 06 – Intervias; Lote 07 – Rota das Bandeiras; Lote 08 – Centrovias (contrato encerrado em junho de 2020); Lote 09 – Triângulo do Sol; Lote 10 – Autovias (contrato encerrado em julho de 2019); Lote 11 – Renovias; Lote 12 – ViaOeste; Lote 13 – Colinas; Lote 16 – Cart; Lote 19 – ViaRondon; Lote 20 – SPVias; Lote 21 – Rodovias do Tietê; Lote 22 – Ecovias; Lote 23 – Ecopistas; Lote 24 – Rodoanel; Lote 25 – SPMar; Lote 28 – Entrevias; Lote 29 – ViaPaulista; Lote 30 – EixoSP. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>. Acesso em: 20 out. 2021.
 - Concessão patrocinada: Lote 27 – Tamoios. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>. Acesso em: 20 out. 2021.
- 4 Três concessões patrocinadas e duas concessões comuns de linhas de metrô e trens da CPTM:
- Concessões Patrocinadas:
 - (i) Linha 4 – Amarela – concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S/A – ViaQuatro. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/123>. Acesso em: 1 nov. 2021;
 - (ii) Linha 6 – Laranja – concessionária Linha Universidade S.A. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/116>. Acesso em: 1 nov. 2021;
 - (iii) Linha 18 – Bronze – Monotrilho – Concessionária do Monotrilho da Linha 18 – Bronze – S.A. – Vem ABC (contrato extinto antecipadamente em 04.08.2020). Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/119>. Acesso em: 1 nov. 2021.
 - Concessões Comuns:
 - (i) Linhas 5 – Lilás e 17 – Ouro (Monotrilho) do Metrô – concessionária ViaMobilidade. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/109>>. Acesso em: 01.11.2021.
 - (ii) Linhas 8 – Diamante – e 9 – Esmeralda – da CPTM, concessionária ViaMobilidade. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>>. Acesso em: 01.11.2021.
- 5 Três concessões comuns aeroviárias, relativas a 27 aeroportos estaduais, divididos em três lotes:
- (i) 1º lote: Aeroportos de Comandante Rolim Adolfo Amaro, em Jundiá; Arthur Siqueira, em Bragança Paulista; Campo dos Amarais, em Campinas; Gastão Madeira, em Ubatuba; e Antônio Ribeiro Nogueira Jr., em Itanhaém – Consórcio Voa São Paulo. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>. Acesso em: 1 nov. 2021.
 - (ii) 2º lote – Bloco Noroeste: Aeroporto de São José do Rio Preto – Aeroporto Professor Eriberto Manoel Reino (SBSR), Aeroporto de Presidente Prudente – Aeroporto de Presidente Prudente (SBDN), Aeroporto de Araçatuba – Aeroporto Dario Guarita (SBAU), Aeroporto de Votuporanga – Aeroporto Domingos Pignatari (SDVG), Aeroporto de Barretos – Aeroporto Chafei Amsei (SNBA), Aeroporto de Dracena – Aeroporto Moliterno de Dracena (SDDR), Aeroporto de Tupã – Aeroporto José Vicente Faria Lima (SDTP), Aeroporto de Presidente Epitácio – Aeroporto Geraldo Moacir Bordon (SDEP), Aeroporto de Andradina – Aeroporto Paulino Ribeiro de

Com a experiência adquirida ao longo da vigência de tais contratos de concessão⁶, a Procuradoria-Geral do Estado tem buscado, a cada novo projeto, aprimorar a redação dos editais e contratos, a fim de regradar, de maneira mais detalhada, eventos que tenham causado desequilíbrios econômico-financeiros e, conseqüentemente, impactaram na regular execução contratual, mas que não se refiram especificamente a determinado acontecimento sem relevância para outras contratações.

Aliás, esse aprimoramento na redação dos editais e contratos, conferindo maior completude e previsibilidade das relações contratuais, repercute de maneira positiva perante o mercado, pois acarreta a mitigação dos riscos contratuais e das incertezas ocasionadas por contratos abertos e vagos, que são devidamente precificadas pelo licitante no momento de formulação de sua proposta no certame licitatório.

A incompletude contratual é inerente aos Contratos de Concessão, haja vista que são contratos complexos, de longo prazo, e, conseqüentemente, não há possibilidade de exaurimento de todas as relações contratuais deles decorrentes, sem que isso se caracterize como patologia contratual⁷. No entanto, para algumas situações específicas

Andrade (SDDN), Aeroporto de Assis – Aeroporto Marcelo Pires Halzhausen (SNAX), Aeroporto de Penápolis – Aeroporto Doutor Ramalho Franco – (SDPN). Procedimento licitatório em curso até a data de acesso. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/novas-paginas/CustomPage.aspx?page=73>. Acesso em: 1 nov. 2021.

(iii) 3º lote – Bloco Sudeste: Aeroporto de Ribeirão Preto – Aeroporto Leite Lopes (SBRP), Aeroporto de Bauru-Arealva – Aeroporto Moussa Nakhl Tobias (SBAE), Aeroporto de Marília – Aeroporto Frank Miloye Milenkovich (SBML), Aeroporto de Sorocaba – Aeroporto de Sorocaba (SDCO), Aeroporto de Araraquara – Aeroporto Bartolomeu Gusmão (SBAQ), Aeroporto de São Carlos – Aeroporto Mário Pereira Lopes (SDSC), Aeroporto de Franca – Aeroporto Tenente Lund Pressoto (SIMK), Aeroporto de Guaratinguetá – Aeroporto Edu Chaves (EEAR), Aeroporto de Registro – Aeroporto de Registro (SSRG), Aeroporto de São Manuel – Aeroporto Nelson Garófalo (SDNO) e Aeroporto de Avaré-Arandu – Aeroporto Luiz Gonzaga Lutti (SDRR). Procedimento licitatório em curso até a data de acesso. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/novas-paginas/CustomPage.aspx?page=73>. Acesso em: 1 nov. 2021.

- 6 Alguns contratos de concessão rodoviária inclusive já chegaram a seu termo (Lote 05 – Vianorte, contrato encerrado em maio de 2018; Lote 08 – Centrovias, contrato encerrado em junho de 2020 e Lote 10 – Autovias, contrato encerrado em julho de 2019), motivo pelo qual os sistemas rodoviários foram adequados, incluindo-se novas rodovias e novamente concedidos para exploração da iniciativa privada (Lote 28 – Entrevias incorporou o Lote 05; Lote 29 – ViaPaulista incorporou o Lote 10; e Lote 30 – EixoSP incorporou o Lote 08).
- 7 KLEIN, Aline Lícia. Consensualidade da execução dos contratos de concessão rodoviária. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **Direito da infraestrutura: estudos de temas relevantes**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 17-32.

e mais sensíveis ao mercado, é possível estabelecer maior regramento, a fim de conferir segurança aos licitantes que desejarem participar do certame, bem como ao futuro contratado.

Quanto ao tema abordado neste artigo, vamos tratar do caso paradigmático da Concessão Comum das Linhas 8 e 9 da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), cujo contrato e seus anexos buscaram dar uma solução jurídica, ao menos parcial, à possível inadimplência do Poder Concedente no cumprimento de suas obrigações contratuais, caso haja necessidade de assunção de tais obrigações pela concessionária.

2. O OBJETO DA CONCESSÃO ONEROSA DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIRO DAS LINHAS 8 E 9 DA CPTM

Pelo Decreto Estadual nº 65.318, de 30 de novembro de 2020⁸, foi autorizada a abertura de licitação para a concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da região metropolitana de São Paulo.

Trata-se, neste caso, de concessão comum, regrada pela Lei Federal nº 8.987/1995, cujo objeto abrange, em síntese: a operação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda; a requalificação, ampliação, adequação e modernização da infraestrutura e de bens associados à prestação do serviço concedido; serviços de manutenção e conservação dos bens integrantes e associados à concessão; a realização de investimentos, visando à incorporação de ganhos nos padrões técnicos, de funcionalidade e utilidade do serviço concedido; a operação e a manutenção da expansão da Linha 9 Esmeralda no trecho Grajaú-Varginha; aquisição de material rodante e remobilização de trens necessários à prestação do serviço concedido e a operação e manutenção de eventual expansão do serviço

8 SÃO PAULO (Estado). Decreto Estadual nº 65.318, de 30 de novembro de 2020. Autoriza a abertura de licitação para a concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo, com realização de investimentos de requalificação, ampliação, adequação e modernização da infraestrutura das referidas linhas, e aprova o respectivo regulamento. *Diário Oficial*, São Paulo, p. 1, 30 nov. 2020b. Executivo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-65318-30.11.2020.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

concedido em trechos que se caracterizam como prolongamento das Linhas nas Regiões Metropolitanas de São Paulo e de Sorocaba.

Analisando o Contrato nº 02/2021⁹ e seus anexos, é possível verificar que à concessionária foi atribuída a obrigação de “operação, conservação, manutenção, modernização da infraestrutura existente e construção de nova estação¹⁰, propiciando melhorias de desempenho e de qualidade aos serviços prestados”¹¹.

Ao Poder Concedente, por sua vez, foi atribuída a obrigação de entregar a infraestrutura existente em condições de operação pela concessionária, bem como a realização de intervenções visando à ampliação ou ao aprimoramento da infraestrutura operacional das linhas, que deverão ser entregues à concessionária na medida em que forem concluídas, observado cronograma que acompanhou o edital, com datas-limite.

A respeito, foram elaborados anexos específicos ao edital (Anexos II.D e II.G), com sistematização das obrigações, regulamentação do recebimento provisório e definitivo das intervenções e equipamentos pela concessionária, e especificação das condições iniciais de operação comercial.

Sobre as condições iniciais de operação, nota-se que o Contrato de Concessão nº 02/2021 já prevê a possibilidade de que algumas das intervenções de obras civis ou sistemas a cargo do Poder Concedente não estejam integralmente concluídas no momento da entrega para a concessionária.

Nesse aspecto, o Anexo II.D ao Contrato de Concessão estabelece que as intervenções serão entregues à concessionária nas condições mínimas

9 SÃO PAULO (Estado). Concorrência Internacional nº 01/2020 para Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. **Governo do Estado de São Paulo**: Plataforma Digital de Parcerias, 2020a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 20 out. 2021.

10 Estação Ambuitá, localizada na Linha 8.

11 Anexo I.A do Contrato nº 02/21, fl. 3. (SÃO PAULO (Estado). Concorrência Internacional nº 01/2020 para Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. **Governo do Estado de São Paulo**: Plataforma Digital de Parcerias, 2020a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 20 out. 2021).

de operação, que garantam a segurança dos passageiros, empregados e das instalações prediais, bem como o desempenho necessário para o início da operação comercial, sendo que o detalhamento de tais condições consta do próprio Anexo.

No entanto, o Anexo II.G prevê a possibilidade de, em hipóteses específicas, o Poder Concedente transferir algumas obrigações que lhe foram alocadas originalmente no contrato à concessionária, estabelecendo procedimento e regramento próprios, com garantia de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a fim de conduzir de maneira mais célere e objetiva a assunção de tais obrigações pela concessionária.

Ou seja, o contrato e seus anexos procedem à devida alocação dos riscos e obrigações das partes para o desempenho de suas obrigações contratuais, mas igualmente garantem a possibilidade, previamente estabelecida, de que algumas obrigações sejam contratualmente transferidas pelo Poder Concedente à concessionária, o que se trata de previsão inovadora nos contratos de concessão do estado de São Paulo.

3. DAS OBRIGAÇÕES TRANSFERÍVEIS DO PODER CONCEDENTE À CONCESSIONÁRIA

No Contrato de Concessão firmado restou expressamente prevista a possibilidade de transferência, para a concessionária, de algumas obrigações contratuais alocadas ao Poder Concedente.

Tais obrigações estão denominadas no Contrato e seus Anexos como *Encargos Transferíveis*, sendo que, logo na Cláusula Primeira, já consta a definição de tal expressão:

Ações do PODER CONCEDENTE, contempladas no Anexo II.D como INTERVENÇÕES de nº 05 a nº 24 e de nº 27 a nº 29, listadas no item 2.1 do Anexo II.G, sujeitas a serem transferidas à CONCESSIONÁRIA para a finalização das obras e instalações da INFRAESTRUTURA EM IMPLANTAÇÃO, em razão do exercício, pelo PODER CONCEDENTE ou pela própria CONCESSIONÁRIA, da faculdade atribuída às PARTES no item 4 do Anexo II.G.

Na Cláusula 5.1 do Contrato, que trata do objeto da Concessão, novamente está previsto, no seu item (x)¹², que a concessionária deverá assumir, em situações especificamente reguladas no próprio contrato e no Anexo II.G, eventuais obras referentes à infraestrutura em implantação, responsabilizando-se pela sua conclusão. Já a Cláusula 5.6¹³ prevê que, nesse caso, haverá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, “na medida do impacto resultante desta transferência, nos termos do item 4.6 do Anexo II.G”.

O Anexo II.G, por sua vez, traz o regramento necessário para que tal transferência de obrigações se realize, desde as hipóteses cabíveis até o procedimento a ser adotado.

Inicialmente, verifica-se que nem todas as obrigações alocadas ao Poder Concedente poderão ser assumidas pela concessionária. Fazem parte dos *Encargos Transferíveis* apenas as obrigações de implantação do trecho Grajaú-Varginha.

As obrigações relativas à requalificação e adequação em estações previamente existentes (Estações Carapicuíba, Morumbi e Santo Amaro), bem como a construção da Estação João Dias, são obrigações alocadas

12 “5.1. [...] (x) assunção, nas circunstâncias determinadas pelo CONTRATO e no Anexo II.G, de uma ou mais INTERVENÇÕES da INFRAESTRUTURA EM IMPLANTAÇÃO, previstas como ENCARGOS TRANSFERÍVEIS nos termos do Anexo II.G, tornando-se responsável por sua finalização, dentro das datas-marco previstas originalmente, ou conforme novas datas-marco acordadas de boa-fé entre as PARTES e, apresentação de cronograma físico-financeiro específico, dentro dos parâmetros e condições indicados nos Anexos II.C e II.D”. SÃO PAULO (Estado). Concorrência Internacional nº 01/2020 para Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. **Governo do Estado de São Paulo**: Plataforma Digital de Parcerias, 2020a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 20 out. 2021.

13 “5.6. As atividades e encargos do PODER CONCEDENTE de que trata a Cláusula 5.1, inciso (x) poderão ser transferidas à CONCESSIONÁRIA nas hipóteses previstas no Anexo II.G, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, na medida do impacto resultante desta transferência, nos termos do item 4.6 do Anexo II.G.” (SÃO PAULO (Estado). Concorrência Internacional nº 01/2020 para Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. **Governo do Estado de São Paulo**: Plataforma Digital de Parcerias, 2020a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 25 out. 2021).

exclusivamente ao Poder Concedente, que tem o dever de entregar à concessionária as obras prontas e acabadas, para sua operação¹⁴.

No que tange aos *Encargos Transferíveis*, seu regramento está previsto no item 4 do Anexo II.G.

A primeira hipótese prevista é a verificação, pelo próprio Poder Concedente, de que a transferência à concessionária da execução das obras, mediante reequilíbrio econômico-financeiro, mostra-se mais adequada ao atendimento do interesse público e do interesse dos próprios passageiros¹⁵.

A segunda hipótese trata justamente da inadimplência contratual pelo Poder Concedente. Assim, se houver atraso na execução das obras, por período superior a seis meses, a concessionária poderá, a seu critério, optar por duas soluções:

- (a) anuir com a continuidade da execução das obras pela CPTM, hipótese na qual permanecerá com a CONCESSIONÁRIA o risco pelos impactos econômico-financeiros resultantes de eventual atraso na execução do ENCARGO TRANSFERÍVEL; ou (b) solicitar que a responsabilidade pelas obras lhe seja transferida, [...].¹⁶

14 Anexo II.G, item 4.1: “Nos termos da Cláusula 5.1, item (x), e 5.6 do CONTRATO as ações do PODER CONCEDENTE denominadas ENCARGOS TRANSFERÍVEIS, identificadas pelos números 05 a 24 e pelos números 26 a 29, listadas na Cláusula 2.1 deste ANEXO e contempladas no Anexo II.D, poderão ser transferidas à CONCESSIONÁRIA para a finalização das obras e instalações, observando-se o que segue: [...]” (SÃO PAULO (Estado). Concorrência Internacional nº 01/2020 para Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. Governo do Estado de São Paulo: Plataforma Digital de Parcerias, 2020a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 20 out. 2021).

15 Item 4.1, (i) do Anexo II.G: “4.1. [...] (i) o PODER CONCEDENTE poderá, sempre que essa solução for mais apropriada para o atendimento ao interesse público e aos PASSAGEIROS, transferir à CONCESSIONÁRIA a execução de obra integrante dos ENCARGOS TRANSFERÍVEIS, mediante reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, nos termos da Cláusula 38.1 do CONTRATO; [...]” (SÃO PAULO (Estado). Concorrência Internacional nº 01/2020 para Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. Governo do Estado de São Paulo: Plataforma Digital de Parcerias, 2020a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 20 out. 2021).

16 Item 4.1, (ii) do Anexo II.G.

Dessa forma, se a concessionária optar por não assumir as obras que estavam a cargo do Poder Concedente, sua inércia não lhe trará qualquer benefício econômico-financeiro, na medida em que há previsão expressa de que, nessa hipótese específica, “permanecerá com a concessionária o risco pelos impactos econômico-financeiros resultantes de eventual atraso”.

Referida disposição faz parte das inovações trazidas nessa contratação e se mostra muito salutar, na medida em que traz um incentivo à concessionária para que assuma a obra no caso de impossibilidade de término tempestivo por parte do Poder Concedente.

Caso a concessionária opte por assumir as obras que estavam a cargo do Poder Concedente, este poderá, no prazo de trinta dias, decidir se concorda ou não com a opção realizada pela contratada¹⁷.

Se o Poder Concedente concordar em transferir a execução das obras à concessionária, esta deverá apresentar, no prazo de sessenta dias, prorrogáveis por mais trinta, se expostas justificativas técnicas e comerciais adequadas, o cronograma de obras para anuência do Poder Concedente, que terá dez dias para solicitar eventuais esclarecimentos adicionais¹⁸.

17 Item 4.1, (ii), “b” do Anexo II.G: “4.1. [...] (iii) [...] (b) solicitar que a responsabilidade pelas obras lhe seja transferida, cabendo ao PODER CONCEDENTE decidir, no prazo de 30 (trinta) dias, se: (b.1) transfere as obras à CONCESSIONÁRIA, observada a disciplina prevista no item 4.3 e seguintes, sem prejuízo do reequilíbrio econômico-financeiro em razão do prazo necessário para a conclusão do procedimento de transferência do encargo e para que a CONCESSIONÁRIA conclua a INFRAESTRUTURA EM IMPLANTAÇÃO, definido quando da transferência do encargo, na forma do item 4.7.1” (SÃO PAULO (Estado). Concorrência Internacional nº 01/2020 para Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. Governo do Estado de São Paulo: Plataforma Digital de Parcerias, 2020a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 20 out. 2021).

18 Item 4.1, (ii), c.c. 4.3 e 4.4 do Anexo II.G: “4.3 Havendo a decisão de transferir à CONCESSIONÁRIA a responsabilidade pelo ENCARGO TRANSFERÍVEL, a CONCESSIONÁRIA terá até 60 (sessenta) dias para apresentar o respectivo cronograma de obras para anuência do PODER CONCEDENTE, o qual, por sua vez, terá até 10 (dez) dias, a contar da entrega do respectivo cronograma, para solicitar esclarecimentos adicionais.

4.4 O prazo de 60 (sessenta) dias a que se refere o item acima poderá ser prorrogado por 30 (trinta) dias, desde que apresentada justificativa técnica e comercial adequadas” (SÃO PAULO (Estado). Concorrência Internacional nº 01/2020 para Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. Governo do Estado de São Paulo: Plataforma Digital de Parcerias, 2020a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 20 out. 2021).

Se o Poder Concedente não concordar em transferir a execução das obras à concessionária, a obrigação de sua execução continuará a ser da CPTM até sua conclusão, mas, nessa hipótese, responderá pelos impactos econômico-financeiros decorrentes do atraso na sua execução¹⁹.

Tal previsão, em complementação à inovação citada, igualmente se faz importante, pois, em que pese já existir a obrigação de o gestor público motivar e fundamentar todas as suas decisões, nesse caso específico está bem claro e definido o impacto econômico e financeiro de sua decisão ao erário público, o que naturalmente obriga a maior zelo e tecnicidade na justificativa a ser apresentada sobre a não transferência da execução das obras à concessionária.

4. DA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCIERO DO CONTRATO RELATIVO AOS ENCARGOS TRANSFERÍVEIS

Quanto ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato referente aos Encargos Transferíveis, os diferentes cenários apresentados acarretam consequências distintas, que também já estão devidamente previstas no Anexo II.G e na Cláusula Trigésima Oitava do Contrato de Concessão nº 02/2021.

Dessa forma, foi previamente estabelecido que “[a] Concessionária não fará jus a reequilíbrio contratual por atrasos no cronograma dentro do prazo de 06 (seis) meses em relação ao previsto originalmente”²⁰. Ou seja, independentemente de culpa ou dolo, se houver atraso de até seis meses na conclusão das obras relativas aos Encargos Transferíveis, a Contratada não fará jus a qualquer reequilíbrio contratual.

19 Item 4.1, (ii), (b.2) do Anexo II.G: “Item 4.1 [...] (ii) [...] (b.2) permanece com as obras sob execução da CPTM para conclusão, passando a assumir, a partir desta data, o risco por eventuais impactos econômico-financeiros decorrentes do atraso na execução do ENCARGO TRANSFERÍVEL. [...]” (SÃO PAULO (Estado). Concorrência Internacional nº 01/2020 para Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. Governo do Estado de São Paulo: Plataforma Digital de Parcerias, 2020a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 20 out. 2021).

20 Item 4.1, (ii), (b.2), *in fine*, do Anexo II.G.

Tal previsão é salutar, na medida em que já prevê expressamente as consequências econômico-financeiras em caso de atraso não superior a seis meses na conclusão das obras por parte do Poder Concedente.

No entanto, entendemos que apenas faz sentido a inclusão de tal previsão nos contratos em que *há risco concreto de que tal atraso ocorra*. Isso porque a assunção de tal risco pela concessionária implica, necessariamente, em sua precificação no momento que a proposta é ofertada. Ou seja, quanto mais riscos são alocados à concessionária, sem que ela tenha controle sobre eles, mais insegurança quanto ao adimplemento contratual é gerada e, conseqüentemente, há o encarecimento da proposta.

Sobre a discussão ora apontada, os ensinamentos de Maurício Portugal Ribeiro, na sua obra *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*²¹:

Considerando que a Administração Pública sempre repassa os seus custos direta ou indiretamente para os contribuintes, a utilização desse critério levaria a priorizar a transferência para o parceiro privado dos riscos. *Por outro lado, ao repassar para o parceiro privado riscos que ele não tem como controlar, ou seja, que ele não tem como prevenir ou remediar a ocorrência dos eventos indesejáveis, o parceiro privado tenderá a:*

(a) fazer seguro, e repassar o custo do prêmio para o preço cobrado da Administração Pública ou usuário; ou,

(b) embutir no seu preço à Administração Pública custo total de lidar com os eventos indesejáveis.

Se houver seguro disponível no mercado a preços razoáveis, o contrato de concessão comum ou PPP estará promovendo a repartição social do risco, por meio do uso do mercado securitário, pois o preço que será repassado para o usuário e o Poder Público considerará a proba-

21 Item “III.5.1.1 Critérios para distribuição de risco”. (RIBEIRO, Maurício Portugal. Distribuição de riscos e equilíbrio econômico-financeiro. *Portugal Ribeiro Advogados*, [s. l.], 2011. Disponível em: https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/#_ftn3. Acesso em: 27 out. 2021).

bilidade de ocorrência dos eventos indesejáveis e a dimensão do dano esperado, na eventualidade de sua ocorrência.

Se, contudo, o parceiro privado não puder encontrar cobertura securitária no mercado, ele, para se resguardar contra o risco do evento indesejável, incluirá no seu preço o custo total de lidar com os eventos indesejáveis. Isso significa que a Administração Pública e/ou os usuários estarão a pagar pelas consequências do evento indesejado, mesmo em um cenário em que tal evento não ocorra. Por isso, no caso de não haver no mercado securitário cobertura para o risco que se pretende transferir para o parceiro privado – a despeito do parceiro privado não ter controle sobre a prevenção da sua ocorrência, ou minoração das suas consequências danosas – ou no caso dos prêmios para tais coberturas serem proibitivos (o que acontece geralmente por subdesenvolvimento do mercado de seguros, e, portanto, falta de histórico e bases estatísticas para precificar adequadamente o risco), faz sentido alocar o risco sobre a Administração Pública. (grifo nosso)

O Anexo II.G prevê ainda que, se o Poder Concedente entender que a transferência da execução das obras integrantes dos *Encargos Transferíveis* é a medida mais apropriada para o atendimento ao interesse público, independentemente do esgotamento do prazo de seis meses de atraso das obras retro mencionado, pode determinar que tal assunção ocorra²², alterando unilateralmente o Contrato de Concessão²³, desde que este seja reequilibrado, por meio de uma ou mais modalidades previstas na sua Cláusula 38.1²⁴.

22 Item 4.1, (i) do Anexo II.G.

23 Conforme permissão constante do artigo 9º, § 4º da Lei Federal nº 8.987/1995 c.c. artigo 65, I, “a”, da Lei Federal nº 8.666/1993.

24 “38.1. Observado o disposto no Anexo VIII, o PODER CONCEDENTE terá a prerrogativa de escolher a modalidade pela qual será implementada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, dentre as seguintes modalidades:

- (i) acionamento do AJUSTE À TARIFA;
- (ii) prorrogação ou redução do PRAZO DA CONCESSÃO;
- (iii) revisão no valor da TARIFA DE REMUNERAÇÃO;
- (iv) ressarcimento ou indenização;
- (v) alteração do PLANO DE INVESTIMENTOS;
- (vi) revisão dos valores de ÔNUS DE FISCALIZAÇÃO;
- (vii) alteração das obrigações ou prazos previstos neste CONTRATO e nos ANEXOS;
- (viii) combinação das modalidades anteriores ou outras permitidas pela legislação, a critério do PODER CONCEDENTE e observada a Cláusula 38.2”.

Caso o Poder Concedente não se manifeste e haja transcorrido o período de seis meses de atraso na execução de algum Encargo Transferível, o contrato abre duas possibilidades, a critério da concessionária: (i) anuir com a continuidade da execução das obras pela CPTM, sem direito a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, na medida em que “permanecerá com [...] o risco pelos impactos econômico-financeiros resultantes de eventual atraso na execução do ENCARGO TRANSFERÍVEL”²⁵; ou (ii) solicitar anuência do Poder Concedente para que ela execute as obras, mediante reequilíbrio da equação econômico-financeira, com assunção do risco pelo Poder Concedente.

Como já analisamos brevemente no item anterior deste artigo, caso a concessionária permaneça inerte diante do inadimplemento parcial da obrigação pelo Poder Concedente, não terá direito a qualquer reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência desse atraso. O direito a tal reequilíbrio apenas restou previsto se, após a caracterização da mora, a concessionária adotar uma postura ativa e participativa, prontificando-se a assumir as obras e concluí-las.

Ou seja, a intenção de tal disposição é evitar que o inadimplemento contratual por parte do Poder Concedente se protraia indefinidamente no tempo, tal como ocorreu nos projetos da Linha 4 do Metrô, da Rodovia dos Tamoios e do Rodoanel Norte, que serão analisados neste artigo, e ainda acarretem vultosos desequilíbrios a favor da concessionária, situação que também se apresentou no contrato da Linha 4 do Metrô e da Rodovia dos Tamoios.

Em tais projetos, não havia previsão contratual quanto à possibilidade de a concessionária assumir as obras não concluídas tempestivamente pelo Poder Concedente, de modo que a concessionária podia perfeitamente permanecer na situação passiva de apenas aguardar o desfecho das obras e ainda ter direito ao reequilíbrio do contrato pela ausência de disponibilização da infraestrutura para sua operação.

Obviamente que a situação ideal é o adimplemento da obrigação da execução contratual pelo Poder Concedente, mas não se afigura razoável que o seu inadimplemento acarrete ônus tão pesados ao erário público.

25 Item 4.1, (ii), (a), do Anexo II.G.

Assim, a inovação trazida se mostra extremamente salutar e compatível com a visão moderna dos contratos de concessão, que os consideram como contrato relacional e incompleto em que o ambiente de cooperação, de boa-fé e de confiança mútuas no decorrer da execução contratual são elementos presentes e desejáveis para o desenvolvimento da relação contratual^{26 27}.

Se a concessionária solicitar a anuência do Poder Concedente para a execução contratual e esta for concedida, verifica-se que o Anexo II.G. estabeleceu prazos para que as partes operacionalizem a transferência dos encargos. Tais disposições também têm por finalidade evitar que as negociações entre as partes contratantes se prolonguem demasiadamente no tempo e atrasem ainda mais a conclusão das obras, além de majorar substancialmente o montante do desequilíbrio a ser apurado em favor da concessionária.

Assim, importante destacar que a estruturação prevista nos itens 4.2 a 4.5 do Anexo II.G, como mencionado no item anterior deste artigo, prevê um prazo de aproximadamente cem dias para que as partes verifiquem o estágio das obras e as ações necessárias para a sua conclusão, bem como estabeleçam o cronograma físico-financeiro para tanto, respeitando, o quanto possível, os marcos temporais estabelecidos no Anexo II.C.

26 Nesse sentido, temos o posicionamento defendido por Aline Lícia Klein: “As soluções no curso do contrato são adotadas em ambiente de cooperação e confiança mútua, em contínua interação das partes. Tal forma de relação contratual é o que se pode esperar naturalmente em tais contratos e não algo patológico, que revelaria eventual falha ou defeito da avença” (op. cit., p. 19-20).

27 A Procuradora do Estado do Rio de Janeiro, Tatiana Esteves Natal, igualmente aborda a Teoria dos Contratos Relacionais: “Por fim, a chamada Teoria dos Contratos Relacionais enfatiza o esforço revisional e negocial das partes em um processo periódico de ajuste do acordo original. Para essa perspectiva, os esforços na direção de reduzir o grau de incompletude dos contratos são contínuos e não se veem limitados ao desenho inicial do instrumento contratual. Por essa razão, são dois seus elementos fundamentais: a negociação e a boa-fé. A negociação *ex post* entre as partes não é somente possível, mas desejável – constituindo uma estratégia deliberada de ação de ambas as partes em contratos de longo prazo marcados por algum grau de dependência onde há oportunidade de aprendizado. Acolhe-se uma incompletude permanente do contrato, e a superação das lacunas dá-se, de modo pontual, através de sua revisão e/ou redesenho – resultado de (re)negociações ao longo da execução” (NATAL, Tatiana Esteves. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**. Rio de Janeiro, [20-?]. Disponível em: <https://xdocs.com.br/doc/a-teoria-dos-contratos-incompletos-e-a-natural-incompletude-do-contrato-de-concessaobol-1jozdv2v1wnz>. Acesso em: 4 dez. 2021).

Nesse passo, nota-se que houve preocupação em disciplinar minuciosamente a hipótese de transferência de encargos à concessionária, estabelecendo os incentivos econômicos corretos, visando à execução das obras no menor tempo possível, de modo a proteger os interesses dos usuários do serviço.

Já o item 4.6 do Anexo II.G estabelece que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será realizada de forma que seja nulo o valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, considerando, na mesma data-base: (i) os dispêndios marginais resultantes do evento que deu origem à recomposição; e (ii) os fluxos de caixa marginais necessários à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Portanto, o referido contrato prevê o mecanismo do fluxo de caixa marginal para a assunção das obras decorrentes dos Encargos Transferíveis. Tal metodologia adota o custo de capital e as premissas de, cálculo considerando a realidade econômica existente do momento da inclusão de novo investimento ao contrato, e não do momento da proposta ou de qualquer outra premissa econômico-financeira adotada quando da realização do certame licitatório²⁸.

A adoção de fluxo de caixa marginal para novos investimentos a serem realizados nos Contratos de Concessão é matéria amplamente discutida e aceita pela Procuradoria-Geral do Estado, e já foi objeto de apreciação em diversos pareceres elaborados, por exemplo, pela Consultoria Jurídica da Agência de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp), ao analisar a inclusão de novos investimentos nos Contratos de Concessão Rodoviários²⁹.

28 Quanto ao conceito de fluxo de caixa marginal, trazemos à colação aquele constante do artigo 2º, III, da Portaria Artesp nº 35/2020, que tem por finalidade específica dispor “sobre a apuração do desequilíbrio e reequilíbrio econômico-financeiro por meio da sistemática do Fluxo de Caixa Marginal em virtude da inclusão de Novos Investimentos em contratos de concessão rodoviária”:

“Art. 2º Para fins desta portaria, considera-se: [...] III – Fluxo de Caixa Marginal ou FCM: metodologia de cálculo para apuração de desequilíbrio e estimação das formas de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em razão da inclusão de Novos Investimentos e que permite a adoção de custo de capital e premissas de cálculo aderentes à realidade econômica do momento da inclusão”. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/legislacao.aspx>. Acesso em: 30 out. 2021.

29 Cf. os Pareceres CJ/Artesp nº 900/2012, 771/2014, 27/2016, 15/2017 e 181/2020.

Cumprindo ainda destacar que, nos Contratos de Concessão mais recentes celebrados no estado de São Paulo, está sendo adotada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de novos investimentos pelo fluxo de caixa marginal, pois se trata, efetivamente, da metodologia que se mostra mais adequada para apurar o custo de capital no momento em que esse novo investimento se realiza. Sobre tal tema, explica Maurício Portugal Ribeiro³⁰:

A metodologia do fluxo de caixa marginal foi desenvolvida para compensação de concessionários pela inclusão de novos investimentos no contrato. A ideia fundamental dessa metodologia é privilegiar o contexto econômico do momento em que é tomada a decisão do novo investimento. Isso se opõe à ideia tradicional de utilização das premissas financeiras do PN originário para reger as condições do novo investimento. Note-se que o PN é elaborado antes da assinatura do contrato. Por isso, quando há a decisão de inclusão de um novo investimento, por exemplo, no décimo ou décimo quinto ano do contrato de concessão ou PPP, é provável que já tenha havido mudança relevante nas condições macroeconômicas, financeiras e técnicas de execução do contrato, e, por isso, as premissas financeiras do PN muitas vezes são inadequadas para a modelagem de novo investimento. A metodologia do fluxo de caixa marginal utiliza 2 instrumentos para privilegiar o contexto econômico do momento da inclusão do novo investimento no contrato:

- a) utiliza taxa de desconto, que pode ser obtida por uma fórmula pré-estipulada no contrato, e que deveria se basear em uma taxa de mercado, como, por exemplo, o CDI – a versão já citada incluída no contrato de concessão da rodovia BR 116/324 usou como referência a TJLP;
- b) utiliza custos de mercado no dimensionamento dos custos operacionais e de investimentos para a modelagem do novo investimento, – isso se opõe a ambos (i) a utilização de sistemas de preços públicos como o SICRO II, e (ii) à utilização das referências originárias do PN.

Além disso, tem sido comum transferir, em relação aos novos investimentos o risco de demanda do concessionário para o Poder Público,

30 RIBEIRO, Maurício Portugal. Op. cit., “Item III.5.3.2.7. A utilização do fluxo de caixa marginal para realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro”.

isso por meio do ajuste periódico do modelo financeiro utilizado para os novos investimentos, nos processos de revisão do contrato, substituindo-se as estimativas de demanda constante do modelo financeiro pelo valor da demanda real – mantendo-se todas as outras variáveis e premissas do modelo.³¹

A inovação que se observa no contrato em análise se refere, além dos procedimentos destacados, aos requisitos preestabelecidos contratualmente para apuração do montante do desequilíbrio. Consta do item 4.7 do Anexo II.G, *in verbis*:

4.7 Para fins de determinação dos fluxos de caixa dos dispêndios marginais, poderão ser utilizados (i) os valores do saldo contratual do ENCARGO TRANSFERÍVEL, assim entendidos como os valores correspondentes às parcelas não executadas dos contratos a que se referem as obras cuja responsabilidade pela realização foi transferida à CONCESSIONÁRIA, aplicando-se, conforme cabível, as correções monetárias que não tenham sido realizadas entre a data-base do contrato originário e a data de decisão pela transferência da respectiva obra; ou, (ii) caso alguma das PARTES não concorde com a utilização de tais valores de referência, o valor que decorra dos cálculos realizados nos termos da Cláusula 37.5 do CONTRATO.

Diferentemente dos contratos de concessão celebrados anteriormente no estado de São Paulo, referida disposição contratual deixa preestabelecida que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, decorrente da transferência da obrigação à concessionária, poderá adotar como valor do desequilíbrio o montante correspondente às parcelas não executadas dos contratos firmados pelo Poder Concedente junto às empresas inicialmente responsáveis pela execução das obras. Tais parcelas serão acrescidas de correção monetária entre a data-base do contrato originário e a data da decisão de transferência das obras à concessionária.

Ou seja, o Poder Concedente já estabeleceu o preço das obras nos contratos firmados com as empresas que originalmente seriam responsáveis pela sua realização, por meio de regular procedimento licitatório.

31 RIBEIRO, Mauricio Portugal. Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de caixa marginal. *Portugal Ribeiro Advogados*, [s. l.], 2013. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/erros-e-acertos-versao-4.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2021.

Tal previsão contratual possibilita que, havendo a concordância da concessionária, possa ser utilizada a orçamentação já realizada para a contratação prévia, desde que condizente com o preço de mercado, dispensando, pois, a elaboração de novos estudos, o que implicaria novos custos ao erário, assim como maior dispêndio de tempo para a transferência das obrigações contratuais, majorando o desequilíbrio contratual.

É salutar e necessária a previsão de concordância das partes, na medida em que podem ocorrer eventos significativos durante a execução das obras, que inviabilizariam a manutenção dos valores previstos nos contratos originais, como, por exemplo, erros de projeto que elevem demasiadamente os custos, vícios ocultos relevantes ou, até mesmo, a variação dos custos dos materiais e/ou da mão de obra necessários à conclusão dos investimentos, no interregno entre a realização da licitação e o momento em que haverá a transferência dos encargos.

Nesse aspecto, vale lembrar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é direito dos particulares que contratam com a Administração e tem previsão na Constituição Federal³², além de expressa previsão legal nas Leis Federais n° 8.666/93³³ e n° 8.987/1995³⁴. Assim, caso se tratasse de imposição unilateral do Poder Concedente, com dispensa da manifestação de vontade da concessionária, a disposição teria grande chance de ser reputada inconstitucional e ilegal pelo Poder Judiciário ou órgãos de controle.

No entanto, o fato de um critério objetivo já estar previamente estabelecido restringe o âmbito de discussão das partes, na medida em que sua não adoção necessita estar devidamente justificada pelas partes no curso da execução contratual, de forma a se atender um dos princípios fundamentais que regem os atos administrativos, que é sua motivação.

Não se deve ainda olvidar que se trata de via de mão dupla. Dessa forma, antes de anuir com a utilização dos valores do saldo contratual do encargo transferível, o Poder Concedente igualmente deverá avaliar se a hipótese efetivamente é a que melhor atende ao interesse público, ou se o caso

32 Artigo 37, inciso XXI.

33 Artigo 65, II, “d”.

34 Artigos 9º, §4º e 10.

concreto requer que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deva ocorrer nos termos ordinários previstos na Cláusula Trigésima Sétima do contrato, que trata dos reequilíbrios em geral.

De todo modo, ainda que haja necessidade de consenso na utilização do saldo contratual como parâmetro para valoração do desequilíbrio relacionado à transferência do encargo, há inegável avanço. Se houver concordância da concessionária e, ao mesmo tempo, representar a melhor opção para atendimento ao interesse público, a disposição contratual em questão certamente significará importante ganho de tempo para o Poder Concedente e, conseqüentemente, resultará em benefícios para os usuários do serviço.

Ademais, tratando-se de critérios objetivos, tanto com relação ao preço da obra quanto aos requisitos para assunção de tal obrigação pela concessionária, inegavelmente haverá maior facilidade de justificar, inclusive perante os órgãos de controle, a realização de tal investimento dentro do Contrato de Concessão.

De qualquer forma, se tal critério não for considerado como adequado pelas partes, estas também deverão justificar não apenas a sua inadequação, como também a adoção do novo critério, que melhor atenderia ao interesse público, o que indiretamente diminui a possibilidade de adoção de critérios arbitrários na fixação do valor das obras e do conseqüente desequilíbrio contratual.

A questão de atraso de investimentos a cargo do Poder Concedente é bastante sensível e, em Contratos de Concessão vigentes no estado de São Paulo, teve como conseqüência importantes desequilíbrios econômico-financeiros, assim como atraso na fruição dos serviços pelos usuários finais.

5. CASOS CONCRETOS EM QUE HOUE ATRASO NOS INVESTIMENTOS ORIGINALMENTE ATRIBUÍDOS AO PODER CONCEDENTE: LINHA 4 DO METRÔ, RODOANEL NORTE E RODOVIA DOS TAMOIOS. ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS

Neste item, vamos comentar três casos de Contratos de Concessão em que o Poder Concedente não conseguiu concluir, tempestivamente, as obras a que se comprometeu e as conseqüências geradas pelos atrasos na realização desses investimentos.

No que tange à Linha 4 do Metrô, o Estado tinha a obrigação de executar obras, e o objeto da concessão abrangia, basicamente, os serviços de operação e manutenção. Todavia, as obras sob responsabilidade do Poder Público atrasaram e o cronograma previsto no Contrato de Concessão sofreu sucessivas readequações, acarretando significativo reequilíbrio econômico-financeiro em prol da concessionária. No caso do Trecho Norte do Rodoanel, houve a impossibilidade de assinatura do contrato, na medida em que o sistema concedido não foi concluído até o momento em que este artigo foi elaborado³⁵, sendo que houve necessidade de revogação da licitação para adequação do objeto e das disposições contratuais, a fim de incluir as obras para a conclusão do sistema rodoviário³⁶.

Em relação à Rodovia dos Tamoios, o atraso na conclusão das obras ensejará o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Houve um longo período de negociações para que, afinal, tal transferência se materializasse, mas isso resultou em um atraso de mais de cinco anos na disponibilização do sistema rodoviário aos usuários.

5.1 Linha 4 do Metrô

No Contrato de Concessão Patrocinada para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, o estado de São Paulo, por intermédio da Companhia do Metropolitano, responsabilizou-se pela realização de obras civis para a construção de túneis e de estações, enquanto o privado ficou responsável pela instalação do material rodante e de alguns sistemas, além dos serviços de operação e manutenção. As atividades a cargo do Poder Público foram executadas mediante contratações celebradas pelo regime previsto na Lei Federal nº 8.666/1993.

35 Dezembro/2021.

36 Na 18ª Reunião Conjunta Ordinária do CDPED e CGPPP, realizada em 10/12/2020, deliberou-se pela constituição de Grupo de Trabalho para estruturar nova modelagem de concessão de serviços públicos do trecho rodoviário do Rodoanel Norte, contemplando a realização das obras necessárias para conclusão do trecho. Ata disponível em: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/149>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

O objeto da concessão foi previsto para ser executado em três fases progressivas: Fase I – Operação da Linha 4 Amarela, com seis estações (Butantã, Pinheiros, Faria Lima, Paulista, República e Luz) e o Pátio de Manutenção de Vila Sônia; Fase II – Operação da Linha 4 Amarela, com todas as suas estações previstas (Vila Sônia, Morumbi, Butantã, Pinheiros, Faria Lima, Fradique Coutinho, Oscar Freire, Paulista, Higienópolis, República e Luz), sendo o percurso da estação Vila Sônia até Taboão da Serra operado por meio de ônibus; Fase III – Operações sobre trilhos do trecho compreendido entre as estações Vila Sônia e Taboão da Serra.

Todavia ocorreram atrasos na execução das obras a cargo do estado de São Paulo, acarretando sucessivas celebrações de termos aditivos no Contrato de Concessão Patrocinada.

O procurador do estado André Rodrigues Junqueira, que representou o estado de São Paulo nos procedimentos arbitrais decorrentes dos inadimplementos contratuais referentes à Linha 4, descreveu detalhadamente os fatos ocorridos em sua obra “Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas”, pelo que pedimos vênias para trazer à colação:

O empreendimento da Linha 4 do Metrô (contrato de PPP celebrado pelo Estado e contratos de obras firmados pela Companhia do Metropolitano) passou por dificuldades de gestão e por alguns litígios. Ao que parece, o desafio do Governo foi harmonizar os cronogramas dos contratos de obras civis com a Parceria Público-Privada para operação da Linha. Recentemente, a avença celebrada com o consórcio Corsán-Corviam Construcción S/A para as obras civis da segunda fase da Linha Amarela foi rescindida, em razão de atrasos na execução de obras. Os efeitos decorrentes desse ato estatal estão em discussão arbitral, instaurada perante a Câmara de Comércio Internacional (Processo n. 21.331/ASM).

No que diz respeito ao contrato de PPP, uma das principais controvérsias existentes versa sobre pleito de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de modificações contratuais que causaram aumento das despesas pré-operacionais em função de extensão de prazo para início da operação comercial plena, perdas de receita e investimentos adicionais devido ao subfaseamento da inauguração das estações, incidência de tributos não contemplados na proposta econômico-financeira original (ICMS e ISS) e readequação do cronograma de investimentos

da concessionária. Trata-se de dívida reconhecida pelo Estado, mas não adimplida até o momento, conforme consta no Anexo de Riscos Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Em face de tal inadimplemento (reconhecido pelo Estado) e de divergências relacionadas a critérios de atualização dos valores, foi instaurado, em setembro de 2017, procedimento arbitral perante a Corte de Comércio Internacional, ainda em fase inicial de instrução (Processo n. 22.990/JPA).

Há ainda a possibilidade de instauração de outro conflito arbitral, decorrente de novos pleitos contra o Estado. Conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo, realizada em 6 de julho de 2017, e publicada nos meios de comunicação oficial, os acionistas deliberaram pela instauração de procedimento de mediação e de arbitragem, se necessário, contra o Estado de São Paulo, para obtenção de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão (Anexo F).

O que se percebe pela evolução da execução contratual e pelo advento de novos litígios são as dificuldades operacionais decorrentes da interface entre um contrato para realização das obras e outro para operação da PPP. A assunção das obras de túneis e estações pelo Estado, como uma opção para tornar a concessão patrocinada mais atrativa para o mercado, acabou por criar descompassos de cronogramas entre contratos coligados, celebrados com pessoas distintas.³⁷

Em 2015, o estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Transportes Metropolitanos, cogitou o aditamento do Contrato de Concessão Patrocinada, com a reformulação da “Fase II”, para transferir para a concessionária a obrigação de execução dos restantes das obras de infraestrutura. Segundo a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões, isso traria “benefícios ao interesse público, a exemplo do ganho de produtividade, da diminuição dos conflitos de interfaces, da redução do tempo de tomada de decisão, do ganho de eficiência na gestão, na contratação e aquisição

37 JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 208-210.

de serviços e materiais, e da otimização dos prazos para a conclusão do projeto”³⁸. Em Parecer elaborado pela Consultoria Jurídica da Secretaria de Transportes Metropolitanos, foram destacadas, ainda, as seguintes possíveis vantagens com a inserção das obras civis no escopo do Contrato de Concessão:

- a. “ao assumir a responsabilidade pelo fornecimento da INFRAESTRUTURA, a CONCESSIONÁRIA é estimulada no sentido de atingir maior eficácia dos resultados da execução de sua atividade-fim, ou seja, a Operação Comercial”;
- b. “o prazo para o cumprimento dos procedimentos licitatórios tradicionais (8.666) será significativamente maior que o observado na alternativa de a inserção das obras no escopo do contrato da Linha 4 – Amarela, por requerer atividades adicionais como: elaboração de Edital; preparação de propostas; avaliação das propostas e julgamento; adjudicação”;
- c. “os riscos de obra para uma nova contratação atual (preço e prazo), embora bastante atenuados quando comparados aos originalmente assumidos pelo Poder Concedente quando da contratação original do fornecimento da infraestrutura, podem ser mitigados, na medida em que se transferem integralmente à Concessionária, na alternativa de inserção das obras no escopo do contrato da Linha 4 – Amarela”;
- d. “a familiaridade técnica da Concessionária com o atual estágio da disponibilização da infraestrutura da Fase II, bem como com os requisitos exigidos para a sua conclusão, constitui-se em um fator determinante para fixação de prazos e custos mais realistas, em benefício do Poder Concedente”;
- e. “na fase de implementação dos fornecimentos, a convivência com a operação comercial torna-se mais eficiente, uma vez que permite que o controle dos acessos necessários às instalações da linha seja facilitado pela gestão unificada do empreendimento”;
- f. “em comparação com uma empresa contratada sob o regime da Lei nº 8.666, o objetivo da Concessionária não se limitaria à simples

38 Conforme Parecer CJ/STM nº 106/2015.

conclusão da obra contratada, senão a sua disponibilização pelo prazo integral da concessão, sujeito a todas as exigências contratuais do contrato de concessão”;

g. “na hipótese de inserção das obras no escopo do contrato da Linha 4 – Amarela, eventuais atrasos na disponibilização da infraestrutura da Fase II são atribuídos exclusivamente à Concessionária. A gestão do empreendimento e implementação de ações mitigatórias no sentido de evitar o não cumprimento dos prazos, passam a ser de sua responsabilidade. Em contrapartida, na alternativa tradicional, os riscos de atraso da infraestrutura da Fase II são integralmente do Poder Concedente, a exemplo da atual situação que implica o direito da Concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”.³⁹

A questão foi analisada pela Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral da Procuradoria-Geral do Estado e, na Manifestação GPG/CONS n° 10/2015, o então subprocurador entendeu que o processo não se encontrava devidamente instruído com elementos concretos capazes de sustentar a decisão de transferência à concessionária da obrigação estatal. Entre várias questões jurídicas sopesadas na manifestação, o ponto nodal foi justamente a ausência de previsão contratual sobre a possibilidade de transferência à concessionária das obrigações alocadas inicialmente ao Poder Concedente, sendo que sua realização implicaria alterar o objeto do contrato de concessão patrocinada e, conseqüentemente, alterar as condições que embasaram a apresentação das propostas pelos licitantes, o que poderia caracterizar eventual violação ao art. 37, inciso XXI, e art. 175, da Constituição Federal⁴⁰.

39 Parecer CJ/STM n° 106/2015.

40 “[...] Em que pesem as razões muito bem expostas na *opinio* em referência, como o próprio parecerista destacou, a consulta inicial veicula pretensão que, indubitavelmente, e se implementada, *implicaria em alteração substancial do objeto do contrato de concessão patrocinada*. Em razão da modelagem adotada pelo Poder Concedente na fase de planejamento da concessão, *as obras civis de que tratam estes autos não foram consideradas na elaboração da proposta das licitantes, no exame da sua admissibilidade pela Comissão de Licitação, no desenho da matriz de riscos do futuro contrato, no fluxo de caixa da contratada, e nem no objeto social da Sociedade de Propósito Específico*. De mais a mais, supõe-se que a Concessionária não teve avaliada sua capacidade técnico-operacional (nem financeiro-econômica) para executar obras civis (porque isso não era objeto da licitação de que participou)” (grifo nosso).

Dessa forma, o regramento inovador introduzido no Contrato de Concessão das Linhas 8 e 9 da CPTM tem por finalidade tentar evitar situações como a descrita no Contrato de Concessão Patrocinada da Linha 4 do Metrô, na medida em que estabelecem consequências jurídicas diversas ao inadimplemento do Poder Concedente, com a finalidade de reduzir o valor devido pelo estado a título de desequilíbrio contratual, que neste caso atingiu cifra significativa, conforme Termo Aditivo e Modificativo nº 6, celebrado entre as partes em 2021⁴¹.

5.2 Trecho Norte do Rodoanel

A concessão comum do Trecho Norte do Rodoanel englobava a delegação dos serviços de operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do sistema rodoviário descrito no edital, sendo que parte desse sistema se encontrava em construção pelo Poder Concedente, por intermédio da Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa).

Na concessão rodoviária em apreço, ocorreria a incorporação da malha rodoviária por etapas. A futura concessionária assumiria, primeiramente, a parcela do sistema rodoviário denominada “sistema

41 Fato relevante publicado pelo Grupo CCR em 23 de março de 2021, no seu site institucional, com o seguinte teor: “[...] O Termo Aditivo nº 06 ao Contrato de Concessão estabeleceu (i) o valor bruto devido pelo Poder Concedente à ViaQuatro a título de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, no montante de R\$ 705.378.318,41 (setecentos e cinco milhões, trezentos e setenta e oito mil, trezentos e dezoito reais e quarenta e um centavos), na data-base de março de 2020, em razão do atraso na conclusão das obras da Fase I da concessão e no seccionamento de linhas intermunicipais geridas pela EMTU; e (ii) que o reequilíbrio será implementado mediante a revisão na Tarifa de Remuneração da ViaQuatro, no período entre 1º de janeiro de 2021 e 31 de dezembro de 2037. O Termo Aditivo nº 07 ao Contrato de Concessão fixou (i) o novo valor mensalmente devido pelo Poder Concedente à ViaQuatro a título de Compensação de Atraso da Fase II, no valor de R\$ 353.344,58 (trezentos e cinquenta e três mil, trezentos e quarenta e quatro reais e cinquenta e oito centavos), na data base julho de 2006, para a Estação Morumbi, e (ii) o valor devido mensalmente de R\$ 1.117.799,20 (um milhão, cento e dezessete mil, setecentos e noventa e nove reais e vinte centavos), na data-base de julho de 2006, para a Estação Vila Sônia, por cada mês completo de atraso de cada uma das Estações. Estabeleceu, ainda, o pagamento, em dinheiro e em até 20 dias contados da data de assinatura do referido aditivo, do montante de R\$ 91.607.852,02 (noventa e um milhões, seiscentos e sete mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e dois centavos), na data-base de fevereiro de 2021, relativo à somatória dos valores já devidos pelo Poder Concedente a título de Compensação de Atraso da Fase II relacionados ao atraso nas Estações Morumbi e Vila Sônia, valor que, caso não pago, tornará o aditivo sem eficácia.” Disponível em: <https://ri.ccr.com.br/noticia/fato-relevante-termos-aditivos-no-06-e-no-07-ao-contrato-de-concessao-viaquatro/>. Acesso em: 30 out. 2021.

existente” nas minutas de edital e de contrato, e, posteriormente, o trecho denominado “sistema remanescente”, cuja construção estava prevista para ser concluída em momento posterior à transferência inicial do sistema rodoviário.

Em que pese ter sido estruturado no Contrato de Concessão um modelo para tratamento dos riscos que esta situação poderia oferecer, em especial quanto à regular transição do “sistema remanescente” para a futura concessionária⁴², não foi prevista a possibilidade de o Poder Concedente simplesmente não conseguir concluir a obra e, conseqüentemente, haver necessidade de transferência à concessionária das obrigações originalmente atribuídas ao Poder Concedente. Também não houve previsão dos parâmetros financeiros sobre o custeio da concessionária para a conclusão das obras.

A licitação da concessão foi deflagrada de modo que o certame fosse concluído um pouco antes ou concomitantemente à finalização das obras de construção do trecho norte do Rodoanel, seguindo-se o cronograma previsto pelo Poder Concedente.

No entanto, a Dersa não conseguiu executar as obras seguindo o cronograma, razão pela qual a Comissão de Licitação da Concorrência Internacional nº 01/2017, antes da adjudicação do objeto e homologação do certame, propôs sucessivos sobrestamentos do procedimento⁴³, o que foi devidamente autorizado pelo Conselho Diretor do Programa de Desestatização (CDPED) e pelo Conselho

42 Como a concessionária passaria a administrar um sistema rodoviário futuro, não sendo possível constatar no momento da elaboração do edital de licitação e do contrato de concessão a situação exata em que ela receberia a rodovia integrante do “sistema remanescente”, foram alocados ao Poder Concedente os riscos relativos aos “custos decorrentes do tratamento, pela concessionária, de passivos, inconformidades, inclusive distorções em relação ao projeto executivo que onerem a Concessionária, nos termos e prazos previstos no Anexo XVIII” (cláusula 19.2, “xvi”). Ainda, com o intuito de reger a situação excepcional de impossibilidade de transferência do sistema rodoviário ou constatação de significativas contingências associadas à transferência, foi prevista hipótese de extinção antecipada do contrato se “o montante incontroverso devido pelo poder concedente à concessionária previsto no termo de acerto de contas seja maior que o valor indicado na tabela a seguir, de acordo com o ano da concessão em que o termo de acerto de contas tenha sido assinado [...]” (cláusula 6.4, “iii”). E, caso materializada essa hipótese de extinção antecipada do contrato, a indenização por lucros cessantes seria limitada ao prazo em que os recursos investidos pelo particular ficaram indisponíveis, e não por todo prazo que, em tese, duraria a concessão, sendo a concessionária remunerada pela NTN-B, associada a um prêmio de risco (cláusulas 44.4, e 44.4.2).

43 Conforme Processo Artesp nº 023.845/2017.

Diretor do Programa de Parcerias Público-Privadas (CGPPP)⁴⁴, a fim de averiguar a efetiva previsão de conclusão das obras do “sistema remanescente” e a possibilidade de aproveitamento da licitação em curso, que demandou diversos estudos e grande mobilização da Administração.

Com efeito, era necessária avaliação criteriosa do custo-benefício de prosseguimento da licitação, especialmente considerando-se as consequências previstas no contrato relacionadas ao atraso ou à não transferência do sistema.

Nesse aspecto, vale lembrar que a transferência da obrigação de executar as obras do “sistema remanescente” para a concessionária não se mostrava como opção juridicamente aceitável, principalmente diante do cenário que se apresentava: não havia previsão contratual nesse sentido e as licitantes, portanto, não consideraram tal hipótese na apresentação de suas propostas. Ademais, quando se constatou a impossibilidade de cumprimento do cronograma de obras inicialmente previsto, a licitação ainda se encontrava em curso e o contrato de concessão rodoviária sequer havia sido assinado. Assim, a transferência da execução para a licitante vencedora poderia configurar burla ao princípio da licitação.

Outrossim, ressalta-se que a excessiva delonga entre a deflagração do procedimento licitatório e a assinatura do contrato poderia conduzir à conclusão de que restaram alteradas as condições originalmente consideradas na apresentação das propostas pelos licitantes.

Além disso, muito provavelmente seria necessária a modificação do cronograma de investimentos previsto no instrumento convocatório antes da assinatura do contrato, reforçando a probabilidade de se incorrer em indevida alteração das condições existentes à época da licitação e que embasaram a apresentação das propostas pelos licitantes. E a alteração do cronograma de investimentos nesse momento poderia trazer, como consequência, a necessidade de providências para reequilíbrio da equação econômico-financeira do ajuste antes mesmo do início da vigência do contrato.

44 Conforme atas da 4ª Reunião Conjunta Extraordinária, de 03/07/2019, da 8ª Reunião Conjunta Ordinária, de 19/12/2019, 6ª Reunião Conjunta Extraordinária, de 26/06/2020, todas do CDPED e CGPPP. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/149>. Acesso em: 29 nov. 2021.

Finalmente, a licitante vencedora concluir as obras inacabadas do Rodoanel igualmente implicaria o desvirtuamento do escopo original da Concessão⁴⁵, importando em violação aos princípios da intangibilidade do objeto e da vinculação ao instrumento convocatório⁴⁶.

Assim, depois de vários meses de paralisação das obras e diante da ausência de perspectiva real de sua retomada pelo Poder Concedente, por circunstâncias que não são relevantes para esta análise, o Poder Concedente acabou por revogar o procedimento licitatório.

Saliente-se que há pretensão de o estado de São Paulo realizar um novo procedimento licitatório, que já foi objeto, inclusive, de audiência e consulta públicas⁴⁷. Mas, nesse novo projeto, o Poder Concedente entendeu por bem transferir à futura concessionária a obrigação de conclusão das obras⁴⁸, além da operação e manutenção do sistema concedido, alocando assim ao licitante vencedor todos os riscos inerentes à conclusão das obras e operação do sistema, de modo a tentar evitar os graves problemas ocorridos no certame anterior, que levaram à sua revogação.

5.3 Rodovia dos Tamoios

Outro caso emblemático ocorreu no Contrato de Concessão Patrocinada celebrado com a Concessionária Tamoios, em 2014,

45 Marçal Justen Filho, ao tratar do tema, adota o conceito de transmutação do objeto da concessão, assim dispõe: “VIII. 7.5.4) *A manutenção da identidade do objeto da concessão.* O que não se admite é a transmutação do objeto da concessão. Alterações significativas não equivalem à alteração de condições essenciais, que delimitaram o universo dos licitantes e refletiram a escolha por uma certa concepção inconfundível dentre várias possíveis para a implantação do serviço público” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 445).

46 Art. 3º da Lei Federal nº 8.666/1993: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da *vinculação ao instrumento convocatório*, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

47 Audiência Pública nº 02/2021, já encerrada. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/audiencias-e-consultas-publicas.aspx>. Acesso em: 30 out. 2021.

48 De acordo com a ata da 18ª Reunião Conjunta Ordinária CDPED e CGPPP, “(o Colegiado) decidiu, por unanimidade, pela formação de Grupo de Trabalho para estruturar e consolidar uma nova modelagem de concessão de serviços públicos do trecho rodoviário do Rodoanel Norte, contemplando a realização das obras necessárias para conclusão do trecho”. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/149>. Acesso em: 29 nov. 2021.

em que a execução das obras dos Contornos Viários de Caraguatatuba e São Sebastião foi inicialmente atribuída pelo Poder Concedente à Dersa – Desenvolvimento Rodoviário S/A. Tais obras já estavam em execução quando foi publicado o edital de licitação da concessão patrocinada, motivo pelo qual se estabeleceu a obrigação de o Poder Concedente entregá-las concluídas à licitante vencedora do certame para operação e manutenção⁴⁹.

Por circunstâncias que igualmente não são relevantes para esta discussão, as obras não foram concluídas, sendo que os contratos celebrados pela Dersa com as construtoras foram rescindidos em 2019, quando o Poder Concedente passou a analisar as possibilidades existentes para a retomada das obras, haja vista que, além de não terem sido disponibilizados os contornos viários aos usuários da rodovia, as obras inacabadas entram em processo de deterioração e geram mais despesas com sua manutenção e conclusão⁵⁰.

Ademais, o atraso na entrega de tais trechos para a operação e manutenção da Concessionária Tamoios ensejou desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão Patrocinada, pois há previsão de implantação de uma praça de pedágio no Contorno de Caraguatatuba, que já deveria estar em operação e a concessionária está sendo privada de tal receita⁵¹.

49 Contrato de Concessão Patrocinada SLT nº 08/2014, Cláusula 6.3, (iii): “6.3 Não obstante as demais disposições deste Contrato, considerar-se-ão os seguintes prazos para a verificação do andamento contratual: [...] (iii) Prazo estimado para finalização das obras realizadas sob responsabilidade do Poder Concedente, nos Contornos de Caraguatatuba e São Sebastião: Lote 01: fevereiro de 2016; Lote 02: fevereiro de 2016; Lote 03: junho de 2017; e Lote 04: junho de 2017”.

50 RICHMOND, Klaus. Com 5 anos de atraso, Dersa diz que contornos da Tamoios acabam em 2022. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/com-5-anos-de-atraso-dersa-diz-que-contornos-da-tamoios-acabam-em-2022.shtml>. Acesso em: 1 nov. 2021.

51 Anexo 4, item 3.2, do Contrato de Concessão Patrocinada SLT nº 08/2014: “3.2. Início de Operação Comercial das Praças de Pedágio [...]”

A Praça de Pedágio localizada no Contorno de Caraguatatuba:

- (i) somente poderá ser construída após a conclusão das obras públicas dos Lotes 1 e 2 dos Contornos;
- (ii) a cobrança das Tarifas somente poderão ser iniciada após a Transferência dos Lotes 1 e 2 dos Contornos, pelo Poder Concedente ao concessionário;
- (iii) A cobrança na Praça do Contorno de Caraguatatuba somente poderá ser iniciada uma vez que a concessionária presente, no mínimo, o progresso físico acumulado

Ou seja, o atraso na conclusão das obras dos Contornos trouxe consequências jurídicas e econômicas ao Contrato de Concessão, na medida em que os custos para sua conclusão ficaram maiores do que o previsto originalmente, em decorrência da sua paralisação, e a concessionária sofreu prejuízos econômicos em decorrência do descumprimento contratual pelo ente público, os quais precisarão ser devidamente reequilibrados pelo Poder Concedente num momento futuro.

Diante de tal cenário, havia duas possibilidades concretas e viáveis para a retomada das obras: a realização de novo procedimento licitatório, nos termos da Lei Federal nº 8.666/1993⁵², para a contratação de prestador de serviço que tivesse capacidade técnica e financeira de concluir tais obras, ou a transferência das obrigações inicialmente atribuídas ao Poder Concedente para o Parceiro Privado, opção que foi adotada, conforme Termo Aditivo e Modificativo firmado entre as partes⁵³.

Neste caso, como não havia sido estabelecido um procedimento para a assunção pela concessionária das obrigações originalmente atribuídas ao Poder Concedente nem parâmetros financeiros sobre o custeio da concessionária para a conclusão das obras, as tratativas para viabilizar tal transferência de obrigações foram longas⁵⁴ e, em que pese tais investimentos já estivessem previstos originalmente no contrato,

de 32% (trinta e dois por cento) das obras/serviços especificados no Cronograma Executivo Trecho Serra – SP099, conforme as especificações constantes do Anexo 07 – Serviços Correspondentes a Funções de Ampliação e nos termos dos Anexos 17 e 18; e

(iv) somente após prévia e expressa autorização da Artesp”. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>. Acesso em: 18 out. 2021.

52 Conforme permissivo constante do artigo 191 da Lei federal nº 14.133/2020: “Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso”.

53 Termo Aditivo e Modificativo nº 06/2021, celebrado entre as partes em 27/08/2021. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>. Acesso em: 18 out. 2021.

54 Conforme Processo nº ARTESP-PRC-2021/00932, disponível para consulta no Sistema SP Sem Papel: <https://www.spsempapel.sp.gov.br/>. Acesso em: 18 out. 2021.

apenas alocados a parte contratual distinta, procedeu-se como se se tratasse de inclusão de novos investimentos em Contrato de Concessão⁵⁵.

A primeira providência foi verificar se a conclusão da referida obra estava inserida no escopo da concessão, na medida em que, como já pontuamos anteriormente, não é admitido pelo ordenamento jurídico o desvirtuamento do objeto contratual. Assim, em que pese a aplicação da Lei Federal nº 8.666/1993 seja subsidiária, não é possível incluir investimentos que desnaturem a essência da contratação.

Neste caso, o Contrato de Concessão Patrocinada previa a operação e a manutenção do sistema rodoviário, bem como a execução de obras civis pela concessionária para a ampliação do sistema. Outro ponto importante é que, muito embora as obras relativas aos Contornos de Caraguatatuba e São Sebastião tivessem sido originalmente alocadas como responsabilidade do Poder Concedente, o trecho rodoviário resultante das obras já integrava o Contrato de Concessão Patrocinada, devendo ser explorado pela concessionária ao longo do prazo de vigência da concessão.

A pretensão, portanto, era apenas da transferência da obrigação originalmente atribuída ao Poder Concedente para o Parceiro Privado, sem ampliação do próprio escopo da concessão, na medida em que não se alterou a malha rodoviária sobre a qual serão prestados os serviços públicos delegados à concessionária por meio do contrato de concessão. Ademais, a transferência de investimentos realizada também tem por finalidade ampliar o sistema, e as obras são absolutamente necessárias para a interligação entre o sistema existente e as obras de ampliação que já estão sendo executadas pela concessionária.

Outra questão relevante se refere à estimativa de custos para a conclusão das obras. O Poder Concedente realizou uma estimativa dos quantitativos pendentes de execução com base nas medições de obras realizadas pela Dersa. Assim, levando em consideração o projeto executivo aprovado pela Dersa, bem como aquilo que havia sido

55 Sobre a inclusão de novos investimentos em Contratos de Concessão, remetemo-nos ao artigo de coautoria dos procuradores do estado Lucas Leite Alves e Thiago Mesquita Nunes: Investimentos adicionais em concessões e parcerias públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo: Parcerias Público-Privadas*, São Paulo, v. 2, n. 89, p. 65-88, jan.-jun. 2019.

executado pelas empresas originalmente contratadas, apurou-se o que ainda faltava ser executado e, com base nisso, estimaram-se os custos para a finalização das obras. A concessionária aceitou a estimativa realizada pelo Poder Concedente, fixando-se, assim, o montante que será objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por meio de aporte de investimentos, como permite a Lei Federal nº 11.079/2004, no seu artigo 7º, § 2º⁵⁶.

Dessa forma, a transferência das obrigações contratuais alocadas ao Poder Concedente para o Parceiro Privado ensejou um procedimento complexo e moroso, como se se tratasse de inclusão de novo investimento de grande porte ao contrato de concessão firmado entre as partes.

Com as inovações trazidas no Contrato de Concessão das Linhas 8 e 9 da CPTM, a tendência será a abreviação de tal procedimento, na medida em que já estão pré-estabelecidos os critérios a serem adotados para a apuração do montante a ser reequilibrado na hipótese de transferência das obrigações contratuais alocadas originalmente ao Poder Concedente. Conseqüentemente, como já expusemos detalhadamente nos Capítulos 2 e 3 deste artigo, a não adoção de tais balizas obriga a um maior zelo e tecnicidade na justificativa a ser apresentada por parte da Administração Pública.

6. CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se retratar e analisar o avanço havido no regramento dos Contratos de Concessão Comum e Patrocinada no âmbito do estado de São Paulo, relativamente às obrigações inicialmente alocadas ao Poder Concedente, mas que, por circunstâncias diversas, não puderam ser adequadamente cumpridas, tendo havido a necessidade de sua transferência ao concessionário.

Procuramos expor a solução recentemente adotada na concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos,

56 Art. 7º. A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. [...]

§ 2º O aporte de recursos de que trata o § 2º do art. 6º, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.

das Linhas 8 e 9 da CPTM, em que, pela primeira vez, um Contrato de Concessão de serviço público no estado de São Paulo previu expressamente a possibilidade de assunção pela contratada de investimentos originariamente atribuídos ao Poder Concedente, estabelecendo o procedimento para sua transferência e a respectiva forma de precificação dos investimentos e do desequilíbrio econômico-financeiro.

Foram relatados três casos em que o estado se comprometeu a disponibilizar obras concluídas às concessionárias, mas acabou incorrendo em paralisações e atrasos no adimplemento de suas obrigações, acarretando, pois, o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, além de prejuízo aos usuários, que não puderam usufruir da prestação do serviço público concedido.

Obviamente, o ideal seria que o Poder Concedente cumprisse rigorosamente as obrigações a que legalmente se comprometeu. Contudo a prática já demonstrou que isso nem sempre é possível, de modo que se afigura recomendável, até para a redução das incertezas junto ao mercado e aos próprios interessados em participar dos procedimentos licitatórios, a existência de um regramento contratual claro e objetivo para tais eventos.

A inovação apontada representa, assim, inegável avanço, por se mostrar uma alternativa viável que baliza a atuação do Poder Concedente e da concessionária e estabelece parâmetros objetivos que simplificam o procedimento de assunção das obrigações, da precificação de seus custos e, se adequadamente implementado, evitará o prolongamento indevido do evento gerador de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mitigando os prejuízos financeiros do Poder Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Lucas Leite; NUNES, Thiago Mesquita. Investimentos adicionais em concessões e parcerias públicas. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo: Parcerias Público-Privadas**, São Paulo, v. 2, n. 89, p. 65-88, jan.-jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1-50, 22 jun. 1993.**

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1 – Extra F, p. 2, 1 abr. 2021.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas parcerias público-privadas**: um estudo de caso. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

KLEIN, Aline Lícia. Consensualidade da execução dos contratos de concessão rodoviária. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **Direito da infraestrutura**: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 17-32.

NATAL, Tatiana Esteves. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**. Rio de Janeiro, [20-?]. Disponível em: <https://xdocs.com.br/doc/a-teoria-dos-contratos-incompletos-e-a-natural-incompletude-do-contrato-de-concessaobol-1jozdv2v1wnz>. Acesso em: 4 dez. 2021.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Distribuição de riscos e equilíbrio econômico-financeiro. **Portugal Ribeiro Advogados**, [s. l.], 2011. Disponível em: https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/#_ftn3. Acesso em: 27 out. 2021.

_____. Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de caixa marginal. **Portugal Ribeiro Advogados**, [s. l.], 2013. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/erros-e-acertos-versao-4.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2021.

RICHMOND, Klaus. Com 5 anos de atraso, Dersa diz que contornos da Tamoios acabam em 2022. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/>

com-5-anos-de-atraso-dersa-diz-que-contornos-da-tamoios-acabam-em-2022.shtml. Acesso em: 1 nov. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Concorrência Internacional nº 01/2020 para Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. **Governo do Estado de São Paulo: Plataforma Digital de Parcerias, 2020a.** Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 20 out. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Metrô de São Paulo. Concorrência Internacional nº 02/2016 para Concessão Onerosa da prestação do serviço público de transporte de passageiros das Linhas 5-Lilás e 17-Ouro da rede metroviária de São Paulo. **Governo do Estado de São Paulo: Plataforma Digital de Parcerias, 2016.** Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/109>. Acesso em: 1 nov. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Metrô de São Paulo. Concorrência Internacional nº 003/2013 para a Concessão Patrocinada da prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 18 – Bronze da rede metroviária de São Paulo, com tecnologia de monotrilho, contemplando implantação, operação, conservação e manutenção. **Governo do Estado de São Paulo: Plataforma Digital de Parcerias, 2014.** Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/119>. Acesso em: 1 nov. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Metrô de São Paulo. Concorrência Internacional nº 004/2013 para Concessão Patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja de Metrô de São Paulo, contemplando implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação manutenção e expansão. **Governo do Estado de São Paulo: Plataforma Digital de Parcerias, 2013.** Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/116>. Acesso em: 1 nov. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Metrô de São Paulo. Concorrência Internacional nº 42325212 para Concessão Patrocinada para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, abrangendo de Luz até Taboão da Serra. **Governo do Estado de São Paulo: Plataforma Digital de Parcerias, 2015.**

Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/123>. Acesso em: 1 nov. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp). **Contratos de Concessão**. São Paulo, 2021. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>. Acesso em: 20 out. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Decreto Estadual n. 65.318, de 30 de novembro de 2020. Autoriza a abertura de licitação para a concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo, com realização de investimentos de requalificação, ampliação, adequação e modernização da infraestrutura das referidas linhas, e aprova o respectivo regulamento. **Diário Oficial**, São Paulo, p. 1, 30 nov. 2020b. Executivo.

SÃO PAULO (Estado). Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp). **Novas Concessões**. São Paulo, 2020c. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/novas-paginas/CustomPage.aspx?page=73>. Acesso em: 01 nov. 2021.