

# **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**

ISSN 0102-8065

## **Parcerias Público-Privadas**

**Vol. III**

**96**

JULHO/DEZEMBRO 2022



---

# **REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

---



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

**96**

JULHO/DEZEMBRO 2022





## GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RODRIGO GARCIA

*Governador do Estado*

## PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA

*Procuradora-Geral do Estado*

Anna Candida Alves Pinto Serrano

*Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos*

## COORDENAÇÃO EDITORIAL

Thiago Mesquita Nunes

*Procurador do Estado*



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ISSN 0102-8065

**CENTRO DE ESTUDOS****PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10º andar

CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil Tel. (11) 3286-7005

Homepage: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br)

E-mail: [divulgacao\\_centrodeestudos\\_pge@sp.gov.br](mailto:divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br)

**Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos**

Anna Candida Alves Pinto Serrano

**Assessoria**

Cláudia Aparecida Cimardi, Emanuel Fonseca Lima

**Comissão Editorial**

Presidência

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Membros

Adalberto Robert Alves, Alexandre Ferrari Vidotti, Claudia Aparecida Cimardi, Guilherme Malaguti Spina, Luciano Alves Rossato, Lucas Soares de Oliveira, Norberto Oya, Paulo Alves Netto de Araujo, Rafael Issa Obeid, Sueine Patricia Cunha de Souza.

**Revista**

Coordenação editorial desta edição: Thiago Mesquita Nunes

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: revista eletrônica.

---

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,  
Brasil, 1971 - (semestral)

1971-2022 (1-95)

CDD-341.3221  
CDU-342.9

---

# Sumário

CARTA DO LEITOR.....	IX
APRESENTAÇÃO.....	XI
AS MANIFESTAÇÕES NÃO-JURISDICIONAIS SOBRE A EXECUÇÃO DE CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTEÚDO, CUMPRIMENTO E VINCULAÇÃO.....	13
André Rodrigues Junqueira	
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 .....	41
Anna Luisa Barros Campos Paiva Costa e Lorena de Moraes e Silva	
A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU) NO ÂMBITO DE CONCESSÕES ESTADUAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO .....	78
Caio César Alves Ferreira Ramos e Júlia Maria Plenamente Silva	
EQUACIONAMENTO DE PASSIVOS REGULATÓRIOS PELA VIA CONSENSUAL EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO .....	103
Francisco Acioli Garcia, Luísa Nóbrega Passos e Vitor Gomes Moreira	

PRORROGAÇÃO ORDINÁRIA DE CONTRATOS SUBMETIDOS À REGULAÇÃO DISCRICIONÁRIA: IMPLICAÇÕES DO MODELO DE REGULAÇÃO SOBRE A PRORROGAÇÃO CONTRATUAL .....	130
Guilherme Cavalcanti e Leonardo Cocchieri Leite Chaves	
O USO DE CONTAS VINCULADAS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO: ESTRUTURAÇÃO, FINALIDADE E FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	178
Glenderson Blaser Petarli e Guilherme Martins Pellegrini	
A TARIFAÇÃO DINÂMICA COMO MECANISMO DE GESTÃO DE TRÁFEGO NAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS – O CASO DO LOTE LITORAL PAULISTA .....	204
Henrique Portela Oliveira e Arthur Felipe Torres Trindade da Silva	
<i>DISPUTE BOARDS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP: ASPECTOS GERAIS E TEMAS CONTROVERSOS.....</i>	229
Caio Gentil Ribeiro, Iago Oliveira Ferreira, Mateus Camilo Ribeiro da Silveira, Vitor Gomes Moreira	
O CONTROLE JUDICIAL DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO: UMA ANÁLISE À LUZ DO CASO METRA .....	250
Lucas Leite Alves e Matheus Alves Nascimento	
EXTINÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE CONCESSÃO PATROCINADA N° 011/2014 (PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DA LINHA 18-BRONZE DO METRÔ DE SÃO PAULO): CABIMENTO E CONSEQUÊNCIAS .....	294
Diego Brito Cardoso, Lucas Pessoa Moreira e Marcello Garcia	
O REGIME DE BENS APLICÁVEL AOS ANIMAIS NA CONCESSÃO DO ZOOLÓGICO DE SÃO PAULO.....	330
Pedro Monnerat Heidenfelder	

REPOSIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO EM RELAÇÃO ÀS ATIVIDADES DE ENTREPOSTAGEM E ABASTECIMENTO DE ALIMENTOS: DA EXECUÇÃO DIRETA À REGULAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE GARGALOS LOGÍSTICOS ENFRENTADOS PELA INICIATIVA PRIVADA .....	343
Thamy Kawai Marcos e Caio César Alves Ferreira Ramos	
REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS .....	367
Thiago Mesquita Nunes	
O INSTITUTO JURÍDICO DA TRANSFERÊNCIA DE CONCESSÃO E SUA RELEVÂNCIA PARA A RETOMADA DA PPP DA LINHA 6 DO METRÔ DE SÃO PAULO .....	398
Diego Brito Cardoso, Lucas Pessoa Moreira e Marcello Garcia	

# CARTA AO LEITOR

**H**á certo consenso entre os economistas de que a utilização exclusiva de investimentos públicos é insuficiente para elevar a quantidade e a qualidade da infraestrutura brasileira, tornando a mobilização de investimentos privados para essa finalidade absolutamente imperiosa. Poderíamos acrescentar que não apenas os investimentos privados são necessários para incrementar a quantidade e melhorar a qualidade das obras de infraestrutura e dos serviços públicos relacionados, mas também a *expertise* e a maior facilidade de adaptação dos privados às constantes e rápidas mudanças sociais e tecnológicas que a atualidade nos impõe.

Essa necessidade não passou desapercebida no estado de São Paulo onde, há pelo menos 25 anos, instrumentos de parceria público-privada são utilizados para prover infraestrutura e serviços de primeira linha para a população paulista.

Desde o início, a Procuradoria-Geral do Estado vem participando da construção dessas parcerias e contribuindo com a evolução e aprimoramento dos arranjos jurídicos subjacentes. Da ideia inicial à execução contratual, passando pela estruturação do projeto, formatação da licitação, modelagem do contrato, regulação e resolução de controvérsias, a PGE está presente, participando de forma ativa.

O pioneirismo do estado de São Paulo na criação de soluções para o melhor atendimento do interesse público demanda não apenas conhecimento jurídico, necessário para garantir segurança jurídica, mas disposição para enfrentar grandes desafios, com a mente aberta para o novo e para o trabalho em equipe.

A 3<sup>a</sup> edição da Revista da Procuradoria-Geral do Estado com a temática Parcerias Público-Privadas é resultado do intenso trabalho desenvolvido nos últimos três anos na estruturação e acompanhamento dos projetos de infraestrutura do Governo do Estado de São Paulo e reflete as situações inovadoras e desafiantes enfrentadas nesses projetos.

O conhecimento produzido e acumulado ao longo desses anos no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo é imenso e riquíssimo e compartilhá-lo com a sociedade para estimular discussões e permitir novas reflexões sobre o tema é algo que nós, Procuradores do Estado de São Paulo, tomamos como um dever.

Espero que todo esse conhecimento e experiência possam servir para pavimentar novas iniciativas e projetos.

Boa leitura!

**EUGENIA MAROLLA**  
*Procuradora do Estado*

# APRESENTAÇÃO

**A** Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo chega, com esta edição, à sua 3<sup>a</sup> Revista voltada exclusivamente ao tema das concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas e, mais uma vez, conta com artigos elaborados por integrantes do Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas de Parcerias Público-Privadas da Procuradoria-Geral do Estado.

Este núcleo, a despeito de sua finalidade preponderantemente acadêmica, voltado ao compartilhamento de conhecimento entre os integrantes da instituição, congrega colegas com relevantíssima experiência prática na estruturação e no acompanhamento dos projetos de concessão do estado de São Paulo, o que cria um ambiente bastante profícuo para a reunião do conhecimento teórico com a percepção das implicações práticas de cada medida, aspecto este essencial para o desenvolvimento de um bom projeto de infraestrutura.

Não por acaso, a proposta do presente volume é, justamente, a de, aliando considerações teóricas com aspectos essencialmente empíricos, apresentar aos leitores alguns dos temas enfrentados pelo estado de São Paulo ao longo deste período de 2019 a 2022, cuja gestão foi marcada pela importância conferida à participação privada nos projetos de infraestrutura. Os artigos refletem a atuação de procuradores do estado na viabilização jurídica de diversos novos projetos de concessão de serviços públicos ou de concessão de uso de bens públicos, bem como na superação dos inúmeros desafios enfrentados nos contratos em andamento.

Aproveitamos, assim, para compartilhar com a comunidade acadêmica a experiência obtida pela PGE/SP ao longo desta jornada, mostrando os obstáculos superados e as soluções encontradas para cada dilema, o que, acredito, pode servir como mais um pequeno bloco em uma obra na qual ainda há muito a construir.

Sem pretensão de esgotar os inúmeros assuntos que serão debatidos nesta obra, descoberta esta que deixo para o leitor, destaco apenas o fato

de que diversos dos artigos tratam de temas que não costumam ser encontrados em publicações acadêmicas, como, aliás, sói ocorrer com inúmeros dos problemas enfrentados em nossa vida profissional.

Cito, como exemplo, o artigo que trata a respeito do regime jurídico aplicável aos animais situados em Parque Zoológico submetido a concessão de uso. Diante das peculiaridades de serem, ao mesmo tempo, bens públicos e seres sencientes, foram surpreendentes as dificuldades na disciplina de sua reversibilidade.

Ou, ainda, o trabalho a respeito da caracterização jurídica do encerramento antecipado do contrato de parceria público-privada da Linha 18-Bronze do sistema metroviário enquanto resilição unilateral do contrato administrativo, instituto de direito civil que, embora não referido expressamente no contrato, foi exercido pelo estado de São Paulo em função da própria sistemática da etapa preliminar constante da concessão.

Há, ainda, estudos voltados a temas extremamente atuais na doutrina jurídica do setor, a exemplo do trabalho a respeito dos *dispute boards* em contratos de concessão, ou do artigo que analisa as manifestações não-jurisdicionais proferidas no contexto de um contrato de concessão, nestas inseridas as manifestações de verificadores independentes, em que são enfrentadas questões como as medidas para cumprimento administrativo das decisões, notadamente em face do regime de precatórios, e a possibilidade jurídica de atribuição de efeitos vinculativos a tais manifestações.

São muitos os temas expostos nestes artigos e, naturalmente, as limitações de espaço deste texto não me permitem abordá-los todos, razão pela qual aproveito, apenas, para enaltecer o brilhantismo dos trabalhos apresentados e o empenho dos autores que muito engrandecem a nossa carreira.

É, assim, com muita satisfação que apresento os trabalhos integrantes desta edição especial da Revista da PGE, agradecendo a cada um dos membros do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Parcerias Público-Privadas da Procuradoria-Geral do Estado, pela dedicação demonstrada e pelo trabalho desenvolvido, de inquestionável importância para o aprimoramento jurídico e institucional do estado de São Paulo.

**THIAGO MESQUITA NUNES**  
*Procurador do Estado*

# AS MANIFESTAÇÕES NÃO-JURISDICIONAIS SOBRE A EXECUÇÃO DE CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTEÚDO, CUMPRIMENTO E VINCULAÇÃO

André Rodrigues Junqueira<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Uma distinção necessária: atividades de apoio na gestão contratual e instrumentos de resolução de disputas contratuais; 2.1 – O papel do verificador independente e do auditor independente; 2.1.1 – Os setores sujeitos à regulação por agência independente; 2.2 – Os métodos de solução de disputas contratuais; 2.2.1 – Instrumentos autocompositivos; 2.2.2 – Instrumentos heterocompositivos; 2.2.2.1 – Jurisdicionais; 2.2.2.2 – Não jurisdicionais; 3 – O cumprimento das manifestações não jurisdicionais pelo gestor contratual; 3.1 – Manifestações que geram um fazer/não fazer e manifestações que provocam dispêndio de recursos; 3.2 – O cumprimento espontâneo; 3.3 – O cumprimento não espontâneo; 4 – Métodos formais para questionar manifestações não jurisdicionais;

---

<sup>1</sup> Procurador do estado de São Paulo. Doutorando, mestre e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3288-2613>  
O autor agradece a Thamy Kawai Marcos e Thiago Mesquita Nunes pela leitura atenta e comentários críticos aos manuscritos preliminares que originaram este artigo. Eventuais erros e omissões são de responsabilidade exclusiva deste subscritor.

4.1 – Instrumentos não vinculantes; 4.2 – Instrumentos vinculantes; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo apresenta uma análise sobre órgãos de apoio à gestão contratual e instrumentos não jurisdicionais de solução de disputas contratuais. Especificamente, foram avaliadas algumas dúvidas relacionadas ao cumprimento e possibilidade de questionamento de tais recomendações e decisões, bem como seus efeitos em empreendimentos sujeitos à regulação por agência independente. O método de trabalho acadêmico é o estudo de caso, mediante pesquisa qualitativa de recentes contratos de Parcerias Público-Privadas celebrados pelo estado de São Paulo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato. Resolução de disputas. Gestão. Jurisdição. Arbitragem.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar o efeito de manifestações apresentadas por pessoas ou entidades que apoiam a execução de contratos celebrados pela Administração Pública e os efeitos de pronunciamentos de órgãos destinados à resolução de conflitos em tais avenças.

Trata-se de tema extremamente amplo, de modo que se mostrou necessário delimitar a investigação acadêmica ao exame de determinados instrumentos obrigacionais, sob a ótica de algumas atividades de apoio à execução contratual e alguns instrumentos de resolução de conflitos.

Dessa maneira, este ensaio se debruçará sobre alguns recentes contratos de concessão comum e Parceria Público-Privada (PPP) do estado de São Paulo, cujas minutas foram elaboradas no atual mandato político (2019/2022), com uma análise marginal sobre contratos de PPP de outros entes federativos. Sob o prisma das atividades de apoio e esferas decisórias a serem examinadas, optou-se pelo maior enfoque aos *disputes boards*, verificadores independentes e auditores independentes, por serem os instrumentos mais corriqueiros nos empreendimentos selecionados para estudo.

A importância da análise aqui proposta está relacionada à crescente complexidade dos contratos de concessão e PPP, que demandam o assessoramento, aconselhamento ou mesmo a decisão sobre temas

controvertidos na relação jurídico-obrigacional por pessoas ou entidades que não representam o interesse das partes contratuais. Assim, a eficácia e vinculação da ação desses agentes de apoio à gestão contratual é tema que desperta dúvidas aos operadores do direito e administradores públicos.

No que concerne à metodologia de pesquisa, optou-se por um estudo de caso, ou seja, técnica de investigação das ciências sociais, para análise detalhada de grupos, instituições, programas sociais ou sociojurídicos<sup>2</sup>. Referida proposta pode se valer de instrumentos quantitativos ou qualitativos, de modo que foi selecionada a perspectiva qualitativa, considerando que a quantidade de projetos de concessão e PPP em curso não permite a realização de um *survey*. Assim, foram selecionadas informações de processos com acesso público, localizados por meio das bases de dados na internet, por pesquisa booleana.

## **2. UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA: ATIVIDADES DE APOIO NA GESTÃO CONTRATUAL E INSTRUMENTOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS CONTRATUAIS**

As relações jurídico-obrigacionais de trato sucessivo para construção, implantação e operação de empreendimentos públicos por longos anos possuem algumas características próprias no que concerne à gestão da avença e aos instrumentos de resolução de disputas<sup>3</sup>.

Inicialmente, é importante ressaltar uma característica imanente a tais contratos: sua natural incompletude<sup>4</sup>. Por se tratar de liames

2 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. (*Re*)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 155.

3 Em geral, essas relações jurídicas se instrumentalizam por contratos de concessão comum (regidos pela Lei Federal nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995) ou por Parcerias Público-Privadas (PPP), regulamentadas em âmbito federal pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que definiu que PPP é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, de modo que a primeira categoria se refere à concessão de serviços públicos ou de obras públicas, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Por sua vez, a concessão administrativa consiste no contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

4 A teoria dos contratos incompletos foi exposta com proficiência pelos professores Oliver Hart (Harvard) e John Moore (London School of Economics). (Cf. HART, Oliver; MOORE, John. *Foundations of incomplete contracts*. Cambridge: National Bureau

obrigacionais que vigorarão por décadas, cujos objetos são deveras complexos, suas cláusulas não conseguem prever todos os eventos que podem ocorrer ao longo de sua vigência. Diante dessas características, a literatura jurídica e econômica ressalta o aspecto relacional de suas disposições, de modo que o elemento confiança e a menor rigidez na relação entre as partes se mostram fundamentais<sup>5</sup>.

Mesmo com o intuito cooperativo entre as partes, a existência de discordâncias entre os representantes do contratante e do contratado é corriqueira em contratações dessa natureza, especialmente nas concessões e PPP. Apenas para citar um exemplo, é pertinente lembrar que a Lei federal nº 8.987/95 dispõe que o empreendimento poderá ser licitado com elementos do projeto básico (inciso XV do artigo 18), o que representa uma vantagem no modelo das concessões, desenvolvido para garantir flexibilidade na atuação do contratado, mas que poderá gerar divergências de entendimento entre as partes sobre a adequada execução do empreendimento.

Dessa forma, é recomendável que os contratos de concessão e PPP prevejam instrumentos de apoio à gestão contratual, a partir da atuação de terceiros que atestem a execução de serviços, verifiquem o cumprimento de indicadores de desempenho e resolvam contendas ocorridas na seara administrativa.

De forma complementar, é importante que referidos laimes obrigacionais também contenham sistemas jurisdicionais de resolução de disputas, que pacifiquem a relação entre as partes sob o manto da coisa julgada<sup>6</sup>.

---

of Economic Research, 1998. NBER Working Paper Series, Working Paper 6726). No direito brasileiro, destaca-se a obra de MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

5 Tais instrumentos de longa duração, cujo aspecto relacional é determinante entre as partes, já foram estudados pela teoria de Ian Macneil. De acordo com o autor, “Um sistema de contrato mais relacional e sua lei contratual neoclássica correspondente permanecem teoricamente estruturados nos modelos descontínuos e clássicos, com mudanças significativas. Tais contratos, sendo mais complexos e de maior duração do que as transações descontínuas, tornam-se disfuncionais se forem muito rígidos [...]. Assim, grande parte da flexibilidade precisa ser planejada, ou lacunas devem ser deixadas no planejamento, conforme necessário” (MACNEIL, Ian. *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*. Northwestern University Law Review, Chicago, v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978, p. 856-905).

6 Conforme nos ensina Rosemíro Pereira Leal, “a coisa julgada, com a vigência da Constituição Brasileira de 1988, assumiu contornos teóricos de instituto jurídico autônomo, perdendo a inerência significativa de mero atributo, qualidade de efeito da sentença de mérito com autoridade a suscitar ainda, em preliminar, exceção substancial extintiva do

Atualmente, existe certo consenso na literatura jurídica especializada de que o Poder Judiciário não representa o melhor foro para resolução de disputas para empreendimentos de infraestrutura<sup>7</sup>, de modo que a arbitragem é utilizada em grande parte de tais contratos, para decisão final sobre temas relacionados a direitos patrimoniais disponíveis de tais avenças<sup>8</sup>.

É importante que se compreenda que os mecanismos de apoio à gestão contratual podem emitir recomendações, atentar à ocorrência de fatos ou decidir determinados conflitos, de forma vinculante ou não vinculante.

Por sua vez, os métodos de resolução de conflitos podem solucionar contendas com a formação de coisa julgada ou sem essa característica, quando não jurisdicionais.

O relacionamento entre o mosaico de formas de apoio à gestão contratual e de métodos de solução de disputas será explicitado abaixo, a partir de suas delimitações conceituais.

## **2.1 O papel do verificador independente e do auditor independente**

O verificador independente e o auditor independente são agentes que passaram a ser previstos em contratos brasileiros de PPP e concessão<sup>9</sup>,

---

procedimento instaurado. Daí impõe-se a distinção entre a sentença transitada em julgado como ato jurisdicional afetado pela preclusão máxima e a coisa julgada, esta agora como garantia constitucional de existência, exigibilidade e eficácia de provimentos meritais pelo atendimento ao direito fundamental do devido processo” (LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181).

- 7 Como exemplo, podem ser destacados os seguintes trabalhos acadêmicos: LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007 e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 598-640.
- 8 Arbitragem é um meio privado e heterocompositivo de soluções de disputas disciplinado no Brasil pela Lei federal nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Para uma avaliação de uso do instituto em relações jurídicas complexas, Cf: FERRIS, José Ricardo; MOURA, Ana Serra. La participación de los Estados y entidades públicas latino-americanas en Arbitraje de La Cámara de Comercio Internacional: diez años de experiencia. In: TANZI, Attila *et al.* (ed.). *Derecho internacional de las inversiones en América Latina*. Boston: Leiden, 2016, p. 571 e ss.
- 9 Referidas nomenclaturas variam muito entre projetos, mas seus contornos básicos costumam ser os mesmos. Nos empreendimentos de infraestrutura de setores regulados federais e estaduais podem ser encontradas as denominações “Relator Independente” ou “Organismo de Avaliação de Conformidade”, com sentido semelhante ao “Verificador Independente”.

com inspiração em modelos internacionais, tendo como principal função oferecer apoio à gestão contratual<sup>10</sup>.

Trata-se de entidades que não estão previstas expressamente na legislação, cujos contornos e competências foram moldados ao longo dos anos pela prática dos redatores contratuais.

Especificamente quanto ao verificador independente, sua atribuição, em diversos empreendimentos, está relacionada à verificação do atingimento de índices de desempenho previstos no instrumento obrigacional. Sabe-se que a Lei federal nº 11.079/2004 prevê no parágrafo primeiro de seu artigo 6º que a remuneração do parceiro privado poderá ser variável e vinculada ao seu desempenho, conforme padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

De acordo com o levantamento efetuado para elaboração deste artigo, um dos primeiros contratos de PPP a prever tal figura foi a concessão patrocinada para exploração da Rodovia MG-050 em 2007, com extensão de 372 km, para a execução dos investimentos de reestruturação asfáltica, ampliação de faixas, conservação e manutenção rodoviária.

Trata-se de um dos primeiros contratos de PPP celebrados no Brasil e já previa, desde sua redação original, avaliações permanentes dos níveis de serviço do concessionário<sup>11</sup>.

10 Conforme nos aponta a literatura internacional sobre o tema: “A revisão do projeto e a supervisão da construção podem ser realizadas por um ‘verificador’ independente. O papel do verificador é ser imparcial entre a empresa do projeto e a autoridade contratante e, no devido tempo, certificar que a instalação concluída atende às especificações iniciais de produção. Os custos são pagos pela empresa do projeto, mas a nomeação é conjunta com a entidade adjudicante. A contratação de um verificador não deve isentar a empresa do projeto de suas próprias obrigações nos termos do contrato de PPP para atender às especificações de produção”. (YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. *Public-private partnerships for infrastructure: principles, policy and finance*. 2. ed. Cambridge: Butterworth-Heinemann, 2018, p. 65).

11 OLIVEIRA, Eloy Henrique Saraiva de; PAIVA, Danuza Aparecida de. O papel dos verificadores independentes nos contratos de PPP: a experiência do estado de Minas Gerais. *In: Congresso Consad de Gestão Pública*, 4., 2013, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: Consad. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2013/05/193-O-PAPEL-DOS-VERIFICADORES-INDEPENDENTES-NOS-CONTRATOS-DE-PPP-A-EXPERI%C3%8ANCIA-DO-ESTADO-DE-MINAS-GERAIS.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

Em âmbito conceitual, o *Manual de Parcerias do Estado de São Paulo* traz uma definição de verificador independente para os empreendimentos de referido ente federativo<sup>12</sup>.

Uma das peculiaridades em torno do verificador independente se relaciona com a forma de sua contratação. Alguns empreendimentos, como o contrato de PPP dos Complexos Penitenciários de Minas Gerais celebrado em 2009, imputam ao Poder Concedente essa atribuição<sup>13</sup>. Em sentido oposto, alguns contratos direcionam o dever de contratar ao concessionário, como o caso da PPP para prestação dos serviços de esgotamento sanitário em diversos municípios do Mato Grosso do Sul<sup>14</sup>.

Por sua vez, o auditor independente se encontra presente em uma quantidade menor de contratos e sua atribuição não possui contornos totalmente definidos para o contexto brasileiro.

Nessa seara podem ser destacadas as concessões para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros sobre trilhos das Linhas 8 e 9 da Rede Metropolitana de São Paulo e a minuta do contrato do Trens Intercidades–TIC (trecho São Paulo–Americana)<sup>15</sup>. Especificamente em relação ao TIC, a proposta inicial prevê a utilização do auditor independente como agente técnico e tecnológico de certificação do cumprimento no

- 
- 12 De acordo com tal documento técnico: “Em termos práticos, o Verificador Independente é responsável por preparar e aplicar os fluxos de processos necessários para aferição de desempenho da Concessionária, bem como dispor de infraestrutura lógica de Tecnologia de Informação para verificação dos indicadores e consequente cálculo do pagamento a ser feito pelo Poder Concedente. Ele poderá assumir as atividades a seguir relacionadas: Cálculo da variação da contraprestação pública; Desenho dos Processos para Monitoramento e Controle do Desempenho; Diagnóstico e Recomendação para Atualização Tecnológica; Proposição e Operação do Sistema para Monitoramento e Controle; Criação de Painel de Controle para Gestão de Indicadores; Monitoramento de desempenho; Gerenciamento de riscos; Gestão de conhecimento” (SÃO PAULO. *Manual de parcerias do estado de São Paulo*. São Paulo: Secretaria do Governo, [2015]. Disponível em: [http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual\\_de\\_parcerias\\_do\\_estado\\_de\\_sao\\_paulo.pdf](http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf). Acesso em: 20 out. 2021, p. 173).
- 13 Os contratos celebrados com verificadores independentes de mencionado empreendimento podem ser obtidos em: <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos/contratos-assinados/complexo-penal/114-as-ultimas-noticias/contratos-assinados/670-verificador-independente-penal>. Acesso em: 20 out. 2021.
- 14 De acordo com o Anexo X da minuta contratual, disponível em: <http://www.epe.segov.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/01/Anexo-X-Diretrizes-para-Contrata%C3%A7%C3%A3o-de-Verificador-Independente.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.
- 15 A documentação da modelagem de ambos os projetos está disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Portfolio>. Acesso em: 25 out. 2021.

processo de transição operacional, de transferência da infraestrutura existente à concessionária e de certificação da infraestrutura a ser construída.

Assim como o verificador independente, o auditor independente também constitui elemento de apoio à gestão do contrato, cuja contratação costuma ser delegada ao contratado da concessão ou PPP. Trata-se de medida para reduzir todas as dificuldades relacionadas com a seleção de tal profissional pela Administração Pública, como a obtenção de dotação orçamentária específica, a realização de procedimento licitatório ou de procedimento de dispensa de licitação.

Ocorre que essa prática de atribuir a contratação de tais profissionais ao concessionário foi recentemente compreendida pelo Tribunal de Contas da União como elemento apto a macular sua independência, o que ensejou a proposta de determinação ao ente público contratante (no caso, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT) de supressão de tal figura contratual na minuta de contrato.

De acordo com o entendimento apresentado pela Corte de Contas em dois precedentes, a atribuição do dever de contratação ao concessionário cria um conflito de interesses, pois o verificador independente tenderia a emitir posicionamentos favoráveis para quem for responsável por sua remuneração. Tal linha de raciocínio foi expressamente consignada no acórdão nº 4036/2020, Plenário (processo nº 016.936/2020-5, rel. Min. Vital do Rêgo, para concessão dos trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO) e no acórdão nº 4037/2020-TCU, Plenário (processo nº 018.901/2020-4, Rel. Min. Benjamin Zymler, para concessão de trechos das rodovias BR-163/MT/PA e BR-230/PA)<sup>16</sup>.

16 Conforme consignado expressamente no TC 016.936/2020-5: “O relator dito independente, ainda que encontre pendências na fase de trabalhos iniciais, dificilmente terá condições de reportar tais óbices à ANTT e de se manifestar contrariamente ao início da cobrança de pedágio, uma vez que isso acarretaria uma perda de arrecadação de grande monta à sua contratante, o que colocaria em risco a própria continuidade de sua prestação de serviços” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 016.936/2020-5. Desestatização. Agência nacional de transportes terrestres. Acompanhamento. Primeiro estágio da outorga de concessão dos trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO. Estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental. Determinações. Recomendações. Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Relator: Min. Vital do Rêgo, 8 de dezembro de 2020. Disponível em: <a href="https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\*/NUMACORDAO%253A4036%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 11 jul. 2022, p. 60).</a>

Posteriormente, o TCU evoluiu seu entendimento nos acórdãos nº 1766/2021 (rel. Min. Walton Alencar Rodrigues) e nº 1769/2021 (rel. Min. Raimundo Carreiro), que analisaram a estruturação dos projetos de concessão da Nova Dutra (BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ) e das Rodovias BR-381/MG e BR-262/MG/ES. Em linhas gerais, mencionados precedentes admitiram a previsão de Organismo de Avaliação de Conformidade (nova denominação para o mesmo instituto, a ser contratado pelo parceiro privado), ressaltando que os pareceres por ele emitidos serviriam como mero instrumento de tomada de decisão pelo ente regulador federal, de forma não-vinculante, resguardando-se a competência fiscalizatória estatal<sup>17</sup>.

Verifica-se, portanto, que a utilização dos verificadores independentes e auditores independentes se encontra em momento sensível no Brasil, diante da cautela apontada pelo Tribunal de Contas da União em relação a tais institutos.

### *2.1.1 Os setores sujeitos à regulação por agência independente*

Antes de adentrar nos métodos de solução de disputas contratuais, cabe uma breve observação acerca dos setores de infraestrutura brasileiros sujeitos à regulação por meio de agências reguladoras independentes, verificando-se eventuais peculiaridades desses segmentos no que tange ao uso de verificador independente e auditor independente.

A ideia de concentração de poderes regulamentares e disciplinadores de determinada atividade em uma agência governamental inspira-se no

---

17 Nos termos do acórdão nº 1766/2021: (i) “O primeiro passo seria a definição de que os pareceres emitidos pelo OAC, para serem utilizados nas tomadas de decisão da ANTT, acerca do cumprimento das obrigações da concessionária, dependeriam da validação do órgão técnico do poder concedente, que não estaria vinculado às conclusões desses pareceres e responderia solidariamente por eventuais irregularidades, garantindo, assim, a competência fiscalizatória exclusiva prevista nos artigos 29 e 30, caput e parágrafo único, da Lei 8.987/1995; (ii) mediante deliberação devidamente motivada do poder concedente, a concessionária seja obrigada a rescindir o contrato com o OAC, em razão da emissão de informações não fidedignas ou de qualidade duvidosa; e (iii) eventual interesse da concessionária em rescindir o contrato com a OAC deverá ser submetido previamente à manifestação da ANTT, com a apresentação dos respectivos fundamentos” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1766/2021. Processo n. TC 039.400/2020-4. Acompanhamento (desestatização). Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 28 jul. 2021. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 96, 6 ago. 2021, p. 8).

modelo norte-americano das *commissions*, desenvolvido a partir do Governo do Presidente Franklin D. Roosevelt (1933-1945). Assim, a percepção de que a concentração de poderes e especialização seria adequada para setores complexos, com intensas inovações tecnológicas, foi marcante nos Estados Unidos ao longo do século XX, influenciando outros países.

Especificamente no Brasil, o movimento de criação das agências reguladoras se intensifica a partir dos anos noventa do século XX, dentro de contexto liberal de diminuição do aparato estatal, a partir de processos de privatização e de transferência da prestação de serviços públicos *lato sensu* para o setor privado, com a subsequente regulação de tais atos concessórios por autarquias especializadas. Em sentidos opostos, o movimento das agências reguladoras brasileiras se prestou a colaborar com a descentralização das atividades estatais, ao passo que nos Estados Unidos simbolizou um período de centralização do controle estatal sobre as atividades econômicas.

Independentemente das diferenças evolutivas entre os países, parece haver similitudes acerca da competência das agências reguladoras enquanto foros que recebem um mandato estatal para estabelecerem diretrizes e colaborarem com a definição de políticas públicas de determinado setor. Compreende-se, inclusive, que decisões relacionadas à política regulatória não seriam suscetíveis de revisão judicial em seu mérito administrativo<sup>18</sup>.

Diante de tal contexto, questiona-se qual o papel a ser exercido por verificadores independentes e auditores independentes em setores regulados.

A dúvida levantada é bastante pertinente, pois haveria risco de redundância, ou mesmo sobreposição de atribuições, caso a Administração Pública constitua uma agência reguladora especializada, com equipe técnica

18 Cass Sunstein, professor da Universidade de Harvard, é um dos defensores da valorização das agências como intérpretes *prima facie* dos temas relacionados à sua esfera decisória e como entidades formuladoras de políticas públicas (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law and Leviathan: redeeming the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2020, p. 126). Em sentido semelhante, no contexto brasileiro: “é preciso destacar o fato de que, no Brasil, a atividade de jurisdição (seja estatal, seja arbitral) não alcança as decisões reservadas à atividade de administração pública, notadamente aquilo que configura poder de polícia e mérito administrativo (e sua insita discricionariedade na análise de conveniência e oportunidade), por vezes instrumentalizados em contratos por meio de cláusulas regulamentares”. MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 153.

contratada e competências definidas em lei para regulação de contratos em determinado setor de infraestrutura e, ao mesmo tempo, identifique a necessidade, em um contrato de concessão ou PPP nesse setor, de seleção de um auditor independente com competências generalistas, para elaboração de laudos e relatórios de observância compulsória entre as partes.

Em atenção a esse risco, o contrato de concessão das Linhas 8 e 9 trouxe previsão expressa no sentido de tornar as manifestações de verificadores independentes e auditores independentes como mero subsídio técnico para tomada de decisão da agência reguladora, quando essa entidade estiver formalmente instaurada e receber a delegação para regulação de referida concessão<sup>19</sup>.

## **2.2 Os métodos de solução de disputas contratuais**

A cláusula de solução de disputas nos contratos celebrados pela Administração Pública pode assumir diversos formatos e valer-se de inúmeros instrumentos para a adequada decisão sobre o litígio.

A solução tradicional adotada em contratos públicos para julgamento de conflitos é a cláusula de foro comum, que submete ao Poder Judiciário estatal a resolução de quaisquer questões relacionadas à avença celebrada. Trata-se de instrumentalização da previsão contida no § 1º do art. 92 da Lei federal nº 14.133/2021 e no § 2º do art. 55 da Lei Federal nº 8.666/93<sup>20</sup>. Contudo, aos poucos, outros métodos de

19 De acordo com a previsão contratual: “20.1.3. As previsões, neste CONTRATO, e nos ANEXOS, que atribuem aos laudos, relatórios, ou outros documentos correlatos, produzidos pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE e ao AUDITOR INDEPENDENTE, natureza de observância compulsória pelas PARTES, perdurarão exclusivamente até que a fiscalização e regulação deste CONTRATO seja delegada definitivamente à agência reguladora que integra a Administração Pública do Estado de São Paulo” (SÃO PAULO. Contrato n. 02/2021. Processo STM n. 2907444/2019. Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, das linhas Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da região metropolitana de São Paulo. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 13 jul. 2021. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/spl/2021/09/Acessorio/1000384837\\_1000459120\\_Acessorio.pdf](https://www.al.sp.gov.br/spl/2021/09/Acessorio/1000384837_1000459120_Acessorio.pdf). Acesso em: 11 jul. 2022, p. 78-79). Tal previsão se encontra, inclusive, alinhada com os julgados mais recentes do TCU sobre o tema.

20 “§ 1º Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses” (BRASIL. Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1-23, 1 abr. 2021, p. 16).

solução de disputas passaram a ser inseridos em contratos do Estado, a começar pela arbitragem.

A combinação desses métodos é comum atualmente em empreendimentos de infraestrutura. São as denominadas cláusulas escalonadas, identificadas por Fernanda Levy como “estipulações contratuais que preveem fases sucessivas que contemplam os mecanismos de mediação e arbitragem para solução de controvérsias”<sup>21</sup>.

Na atual prática dos contratos públicos, verificam-se cláusulas dessa natureza. Em geral, o capítulo de solução de disputas contratuais possui cláusulas escalonadas, com a possibilidade de utilização de negociação, mediação, *dispute boards*, arbitragem, entre outros meios.

### 2.2.1 Instrumentos autocompositivos

Ao contrário da arbitragem, negociação, conciliação e mediação são métodos autocompositivos para solução de controvérsias, ou seja, são instrumentos utilizados para que as próprias partes cheguem à solução do litígio.

Na negociação, as partes buscam um consenso acerca da divergência, que pode resultar em um acordo subscrito por ambas. Em determinados casos, pode haver a necessidade de participação de negociadores profissionais, que as auxiliem a instrumentalizar suas vontades.

Por sua vez, conciliação e mediação são mecanismos de solução de disputas que contam, necessariamente, com a participação de terceiros, que auxiliarão as partes a solucionar a contenda. Francisco José Cahali distingue ambos os institutos, ao pontuar que o foco da mediação é o conflito, de modo que caberá ao mediador o restabelecimento de uma convivência harmônica entre as partes; ao passo que a conciliação se

---

<sup>21</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163. Cabe destacar que os institutos da mediação e conciliação não serão objeto de análise aprofundada neste artigo, de acordo com as opções metodológicas explicadas em sua introdução.

concentra na solução, com uma atuação mais rápida, sem que haja preocupação com a relação dos litigantes<sup>22</sup>.

### *2.2.2 Instrumentos heterocompositivos*

O presente tópico apresentará ao leitor a definição, com exemplos, dos meios jurisdicionais de solução de conflitos e dos instrumentos de pacificação de controvérsias despidos das características nucleares para formação da coisa julgada. Trata-se de pressupostos para compreensão dos itens subsequentes sobre o cumprimento e as formas de questionamentos das decisões emanadas por terceiros ao longo da execução contratual.

#### *2.2.2.1 Jurisdicionais*

Os meios jurisdicionais de solução de disputas são a arbitragem e o processo judiciário estatal. De acordo com a literatura processual, jurisdição pode ser conceituada como o poder de decidir imperativamente, com capacidade de gerar o cumprimento de suas decisões, combinado à função de pacificar conflitos<sup>23</sup>.

A despeito da existência de antiga controvérsia sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, a doutrina brasileira majoritária atual admite que o monopólio da jurisdição não é estatal, especialmente a partir do advento da Lei Federal nº 9.307/96, que estabelece ser o árbitro juiz de

---

22 “Pela sua natureza, e principalmente por não se investigar, posto que inexistente, a inter-relação subjetiva das partes, o desenvolvimento da conciliação mostra-se mais rápido e de menor complexidade em relação à mediação. Outras duas características fundamentais da conciliação são a celeridade do procedimento – que, muitas das vezes, se resume a uma única sessão – e a desnecessidade de conhecimento profundo da relação das partes pelo conciliador. [...]. O foco da mediação é conflito, e não a solução. Na conciliação percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito. E com tratamento às partes, pretende-se na mediação o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora esta seja naturalmente desejada” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47).

23 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 149.

fato e de direito, de modo que a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário<sup>24</sup>.

A partir de tais premissas, impõe-se às partes o cumprimento obrigatório da sentença, seja ela proferida pelo Poder Judiciário ou por um Tribunal Arbitral, de modo que a alternativa para a parte irresignada com a solução do litígio ofertada pela jurisdição é se valer dos instrumentos revisionais ou anulatórios da decisão (quando cabíveis).

#### 2.2.2.2 Não jurisdicionais

Dentre os possíveis instrumentos heterocompositivos e não jurisdicionais de solução de disputas contratuais utilizados em empreendimentos de infraestrutura, destaca-se (entre outros) o *Dispute Board* (DB), foro técnico composto por especialistas que estudam o caso e sugerem uma possível solução da contenda<sup>25</sup>. Tal órgão pode ser previsto em contratos por outras nomenclaturas, como comitê/comissão de prevenção e resolução de disputas/conflitos.

Aponta-se que o DB inicia seu desenvolvimento em grandes obras nos Estados Unidos, a partir de uma iniciativa do corpo de engenharia de tais empreendimentos, em estabelecer um mecanismo preventivo e, concomitantemente, resolutivo de conflitos de cunho técnico, que evitasse o caráter excessivamente adversarial de disputas arbitrais e judiciais, e que permitisse a conclusão da obra com menos atrasos e menores riscos de interrupção nos trabalhos.

Assim, adotou-se tal método de prevenção e solução de disputas na construção do *Boundary Dam* em 1960 (Washington/EUA) e nas obras do *Eisenhower Tunnel* (Colorado/EUA) em 1975.

24 Como exemplo de tal posicionamento: “Não parece adequada, nessa medida, a afirmação de que falar em solução imperativa de conflitos corresponde a afirmar que o processo civil constitui monopólio estatal porque só ao Estado compete o exercício do poder com a conotação de imperatividade. A decisão arbitral, também é dotada desse elemento, podendo ser imposta coercitivamente mediante recurso ao Judiciário”. (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem nos contratos administrativos*. São Paulo: Forense, 2011, p. 92).

25 Conforme definido pelo Regulamento da Câmara de Comércio Internacional: “*Dispute Board* é um órgão permanente normalmente estabelecido na ocasião da assinatura ou no início da execução de um contrato de médio ou longo prazo para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer desentendimentos ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato” (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Dispute board rules*. Paris: International Centre for ADR, 2015, p. 2, tradução nossa).

A experiência foi bem-sucedida, de sorte que o Banco Mundial passou a recomendar a inserção de cláusulas de *dispute boards* em empreendimentos que contavam com seu financiamento a partir de 1995. Na mesma toada, a Federação Internacional de Engenheiros Construtores (Fidic) passou a prever o uso de tal instrumento em suas minutas contratuais a partir de 1996<sup>26</sup>.

Nesse contexto, o estudo de Peter Wallace, Frank Giunta e Felipe Gutierrez destaca como tal instituto tem sido utilizado em empreendimentos de grande porte, como o Programa Aeroportuário de Hong Kong (1997) e a expansão do Canal do Panamá (2007). No cenário brasileiro, os principais casos são em São Paulo: o contrato de obras civis da Linha 4 do Metrô e os contratos para obras do Rodoanel<sup>27</sup>.

Atualmente, uma das principais entidades dedicadas ao estudo e divulgação do DB é a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), entidade sem fins lucrativos fundada em 1996 e presente em diversos países<sup>28</sup>.

O DB pode ser subdividido em três categorias, a saber: (i) *Dispute Review Boards* (DRBs), caracterizado pela presença do comitê técnico que emite opiniões para as partes; (ii) *Dispute Adjudication Boards* (DABs), caracterizado pela presença do comitê técnico que emite decisões vinculantes para as partes; e (iii) *Combined Dispute Boards* (CDBs), instrumento que compatibiliza os dois tipos supramencionados em um mesmo contrato<sup>29</sup>.

---

26 Nos termos previstos em: [www.fidic.org](http://www.fidic.org). Acesso em: 25 out. 2021.

27 WALLACE, Peter; GIUNTA, Frank; GUTIERREZ, Felipe. *Dispute boards: internacional and Latin American experiences*. In: TRINDADE, Bernardo Ramos (coord.). CRD – comitê de resolução de disputas nos contratos de construção e infraestrutura. São Paulo: Pini, 2016. p. 193-214.

28 Para maiores informações: <https://www.drb.org/history>. Acesso em: 25 out. 2021.

29 De acordo com o regulamento da CCI de 2015 sobre *Dispute Boards*: “O Regulamento de 2015 continua a oferecer às partes a escolha de três tipos diferentes de Dispute Boards, cada qual diferenciado pelo tipo de conclusão que ele determina no caso de uma remissão formal. Os ‘Dispute Adjudication Boards’ (DAB) pronunciam decisões que devem ser cumpridas imediatamente. Os ‘Dispute Review Boards’ (DRB), por outro lado, formulam recomendações, as quais não são imediatamente vinculativas para as partes, mas passarão a ser vinculativas se nenhuma das partes apresentar objeção no prazo de 30 dias. Os ‘Combined Dispute Boards’ (CDB) oferecem uma solução intermediária entre o DRB e o DAB: eles normalmente formulam recomendações, mas podem pronunciar decisões por solicitação de uma das partes se não houver objeção de nenhuma outra parte, ou se o Dispute Board pode tomar uma decisão com base nos critérios definidos no Regulamento” (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, op. cit., p. 3, tradução nossa). Em sentido semelhante, o Regulamento do *Chartered Institute of Arbitrators* (CIARB) de 2014 também prevê o *dispute review board* e o *dispute adjudication board*.

No plano do direito positivo brasileiro, o assunto é disciplinado pelo município de São Paulo, por meio da Lei nº 16.873/2018, que consolida as práticas supramencionadas para o âmbito local. Em nível nacional, por ora existe apenas a previsão geral da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021) e o Projeto de Lei nº 9.883/2018, que visa regulamentar o tema de modo mais específico<sup>30</sup>.

### **3. O CUMPRIMENTO DAS MANIFESTAÇÕES NÃO JURISDICIONAIS PELO GESTOR CONTRATUAL**

O campo investigativo do presente estudo são os instrumentos não jurisdicionais de solução de conflitos, na tentativa de examinar as formas de cumprimento e eventual contestação de seu conteúdo, quando possível. Isso porque os mecanismos de solução de conflitos de cunho jurisdicionais, por definição, emitem mandamentos vinculantes às partes, que somente poderiam ser descumpridos em caso de sua revisão, por outra decisão igualmente jurisdicional.

No cumprimento desse desiderato, os próximos tópicos examinarão os diversos tipos de conteúdo das manifestações emanadas por *Dispute Boards*, verificadores independentes e auditores independentes.

#### **3.1 Manifestações que geram um fazer/não fazer e manifestações que provocam dispêndio de recursos**

As manifestações emitidas por *Dispute Boards*, verificadores independentes e auditores independentes ao longo da execução de um contrato de infraestrutura provavelmente estarão relacionadas a temas de natureza técnica, questões de obra civil, implementação de sistemas, propriedade intelectual, cumprimento dos índices de desempenho, entre outros.

Nesse contexto, por exemplo, tais foros poderão verificar a correta execução de fases de uma obra, avaliar a qualidade de um serviço realizado pela concessionária, analisar o cumprimento dos índices de desempenho

---

30 De acordo com a Nova Lei de Licitações e Contratos: “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem” (BRASIL, 1 abr. 2021, p. 20).

aptos ao pagamento integral ou desconto das contraprestações contratuais. Verifica-se que uma parte dos conteúdos de tais manifestações poderão imputar/recomendar às partes um mero fazer e outras poderão gerar dispêndios de recursos financeiros além daqueles previstos e legalmente empenhados pela Administração Pública contratante.

Especificamente em relação à segunda hipótese, instala-se uma controvérsia jurídica, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro admite que apenas a atividade jurisdicional possa impor uma obrigação de pagar à Fazenda Pública, de modo que a execução desses valores necessitaria (em princípio) seguir a sistemática prevista no artigo 100 da Constituição Federal<sup>31</sup>.

Esse entendimento, por exemplo, restou consignado no parecer jurídico que aprovou a modelagem da concessão das Linhas 8 e 9 da Rede Metropolitana do Estado de São Paulo, ao analisar os instrumentos do auditor independente e do verificador independente<sup>32</sup>.

Em outra perspectiva, pode-se argumentar que deixar unicamente à avaliação do Estado o cumprimento de manifestações não jurisdicionais emitidas pelos agentes supramencionados poderia gerar o risco de ineficiência no uso de tais instrumentos de prevenção e solução de disputas.

Referida *vexata quaestio* será aprofundada nos próximos tópicos.

31 De acordo com o texto constitucional: “art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 jul. 2022, art. 100).

32 De acordo com o Parecer SubG-Cons nº 123/2020 da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo: “177. Vale destacar que o caráter de observância compulsória de algumas das definições técnicas trazidas pelo Auditor Independente e pelo Verificador Independente tem o seu potencial impacto neutralizado pela própria previsão, no contrato, do mecanismo da Comissão, disciplinado no Anexo VII, o qual, conforme será analisado mais adiante, configura um espaço bastante célere de solução de litígios de natureza técnica, cujas decisões deverão ser observadas, compulsoriamente, por ambas as partes, ressalvada exclusivamente decisão arbitral em sentido contrário, sempre observada a sistemática de pagamentos a que se submete a Fazenda Pública quando se trate de decisão de cunho pecuniário” (NUNES, Thiago et al. Parecer SubG-Consultoria n. 123/2020. Ementa: licitação. Concorrência internacional. Interessado: Secretaria dos Transportes Metropolitanos. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2020, p. 1-115).

### 3.2 O cumprimento espontâneo

O cumprimento espontâneo de recomendações emitidas por entidades de apoio à gestão contratual (verificadores independentes, auditores independentes e institutos semelhantes), bem como de eventuais decisões de comitês de prevenção e resolução de disputas (*Dispute Boards*), ou mesmo de acordos decorrentes de procedimentos de conciliação e mediação, não deve ser compreendido como tema controvertido pelo gestor contratual.

Em passado recente, quando o uso de alguns desses instrumentos não estava expressamente previsto nas legislações que regem as contratações da Administração Pública, poder-se-ia questionar a necessidade de celebração de aditivo contratual para que, por exemplo, uma decisão de *Dispute Board* pudesse vincular as partes de uma concessão ou PPP.

No atual cenário, todavia, é possível afirmar que tal debate (que sempre representou um apego exagerado ao formalismo) está superado, a partir do advento da Lei Federal nº 14.133/2021, que expressamente prevê a possibilidade de uso dos comitês de resolução de disputas. No entanto, a iniciativa de alguns entes federativos e do Congresso Nacional em propor novação legislativa específica sobre o tema é salutar, para incremento da segurança jurídica nessa seara.

Em sentido semelhante, o gestor público poderá se sentir confortável em cumprir mandamentos que se fundamentam em processos de mediação ou em pareceres de verificadores independentes, diante das previsões contidas no artigo 33 da Lei Federal nº 13.140/2015 e inciso VII do artigo 5º da Lei Federal nº 11.079/2004<sup>33</sup>.

---

33 Eis o conteúdo expresso da Lei de Mediação: “Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei” (BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 29 jun. 2015, art. 33). Por sua vez, prevê a Lei Federal de PPP: “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado” (BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004, art. 5º).

Obviamente, caso o gestor contratual realize a opção de cumprir deliberação decorrente dos instrumentos contratuais supramencionados que gere dispêndios financeiros pelo Estado não previstos originalmente na modelagem da concessão comum ou de uma PPP<sup>34</sup>, deverão ser tomadas as necessárias cautelas de cunho financeiro, orçamentário e administrativo.

Nesse sentido, será importante atentar para as formalidades legais para assunção de novas despesas, mediante créditos adicionais ou suplementares, de acordo com o artigo 41 da Lei Federal nº 4.320/64 e os dispositivos contidos na Lei Complementar nº 101/2000. Além disso, será necessário avaliar a necessidade de participação de eventuais órgãos colegiados na decisão prévia pela adequação contratual em razão do resultado obtido pelo uso dos instrumentos não jurisdicionais supramencionados ou mesmo a necessidade de comunicação a órgãos responsáveis pelo monitoramento de riscos financeiros em contratos de concessão e PPP do respectivo ente federativo<sup>35</sup>.

### **3.3 O cumprimento não espontâneo**

A questão mais relevante se coloca no momento em que os gestores públicos do contrato de concessão ou PPP se deparam com uma proposta de encaminhamento de determinada controvérsia cujo conteúdo não seja aderente com seu entendimento. A dúvida que se apresenta seria em relação às suas consequências para o cumprimento do contrato.

Inicialmente, é importante que se estabeleça a distinção entre duas circunstâncias. Existem determinados métodos de apoio à gestão do contrato ou instrumentos de solução de disputas qualificados como “obrigatórios” ou “vinculantes” aos contratantes, que convivem com institutos que não recebem essa qualificação.

---

<sup>34</sup> O que excluiria, por exemplo, os pagamentos decorrentes do atingimento de índices de desempenho pelo contratado, expressamente previstos em contrato.

<sup>35</sup> Especificamente no caso do estado de São Paulo, seria possível destacar a necessidade de oitiva prévia do Conselho Gestor de PPP, disciplinado inicialmente pelo Decreto estadual nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, dos órgãos deliberativos das agências reguladoras (quando pertinente) e a necessidade de comunicação à Comissão de Acompanhamento de Contratos de Parcerias Público-Privadas (CAC-PPP), disciplinada pelo Decreto estadual nº 62.540, de 11 de abril de 2017 e pela Resolução SPOG-2, de 12 de janeiro de 2021.

Assim, eventuais propostas decorrentes de procedimentos de mediação ou conciliação, bem como manifestações finais de *Dispute Review Boards*, ou recomendações de verificadores e auditores independentes que se enquadrem na segunda categoria supramencionada, de modo que seu cumprimento jamais pode ser imposto ao gestor público do contrato, que tem a liberdade para concordar com seu conteúdo (procedendo-se ao trâmite descrito no item 3.2 supra) ou notificar sua discordância à parte contrária.

Contudo, caso os gestores públicos se deparem com uma decisão de *Dispute Adjudication Board* ou uma manifestação vinculante de verificador ou auditor independente (quando o contrato assim o previr) a questão será mais complexa e demandará uma análise mais detalhada.

Em uma avaliação qualitativa realizada em contratos celebrados pela União e diversos entes federativos, verificou-se que a preocupação aqui descrita não foi contemplada em tais avenças. Por exemplo, o contrato de PPP celebrado em 2009 pelo estado de Minas Gerais para construção e gestão de Complexo Penal da Região Metropolitana de Belo Horizonte não apresenta qualquer previsão que resolva tal dilema, a despeito da existência do verificador independente em tal empreendimento<sup>36</sup>.

Na mesma toada, a minuta de contrato de concessão disponibilizada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para concessão do Sistema Rodoviário BR-1638230/MT/PA prevê o uso de *Dispute Boards*, mas sem qualquer previsão específica sobre o cumprimento de decisões contra a Administração Pública<sup>37</sup>.

Por sua vez, o estado de São Paulo se debruçou com atenção sobre o tema, especialmente a partir do momento em que optou por inserir os Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas (equivalente ao *Dispute Board*, com variada nomenclatura) em seus contratos de PPP mais recentes.

36 O contrato assinado e seu extrato de publicação podem ser obtidos no seguinte link de acesso público: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/2020/Penal/Contrato%20e%20Extrato%20Publica%C3%A7%C3%A3o%20PPP%20Complexo%20Penal.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

37 A minuta de contrato pode ser obtida no seguinte link de acesso público: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/2430337/Contrato.pdf/a99a9c2b-f001-6012-e936-3f50ee98eee0?version=1.1&t=1617764862403>. Acesso em: 27 out. 2021.

Como exemplo, pode ser mencionada a minuta do contrato de PPP do projeto denominado Trem Intercidades – TIC (Trecho São Paulo-Americanas), que se encontra atualmente na fase de consulta pública. Foi realizada previsão de Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências, estabelecendo que suas decisões que importem em conteúdo pecuniário em desfavor do Estado seguirão a sistemática de pagamento e de execução orçamentária-financeira aplicável à Administração Pública, ressalvadas as decisões envolvendo os indicadores de desempenho (cláusula 83.22.1).

Em sentido semelhante, com previsões contratuais muito parecidas, pode ser destacado o projeto das Linhas 8 e 9 do Sistema Metropolitano de Trens<sup>38</sup>.

Por sua vez, no projeto paulista de concessão comum das Travessias Litorâneas, que se encontra na fase de publicação de edital, autorizada pelo Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas (CGPPP) em sua 109<sup>a</sup> Reunião Ordinária, contém alguns pontos ligeiramente diferentes<sup>39</sup>.

Da mesma forma que os demais projetos paulistas supramencionados, foi previsto o uso de verificador independente para aferição de indicadores de desempenho e a possibilidade de resolução de conflitos por Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos ou por mediação, nos termos da Lei nº 13.140/2015.

Contudo, acerca de divergências de natureza técnica, foi prevista a possibilidade de uso de Juntas Técnicas, relator independente ou outras formas de solução amigável de conflitos, cuja instauração deve ser acordada consensualmente ou determinada pela Agência Reguladora de Transportes

---

38 Cf. item 3.1 *supra*. Cabe pontuar que os empreendimentos do TIC e das Linhas 8 e 9 são bem parecidos no que diz respeito aos instrumentos de apoio à gestão contratual e de resolução de divergências entre as partes. Ambos preveem auditor independente e verificador independente, cujas análises deverão ser de observância compulsória até que a fiscalização e regulação do contrato sejam delegadas à agência reguladora que integre a Administração Pública do estado de São Paulo. Igualmente, ambos os projetos possibilitam o uso de câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos ou mediação, nos termos da Lei n. 13.140/2015, juntas técnicas, relator independente ou Comissão de Prevenção e Solução de Disputas (nesse último caso com nomenclaturas diferentes a depender do contrato, mas positivando a figura do *dispute board* em ambas as hipóteses).

39 As informações públicas sobre o andamento do projeto estão disponíveis em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/148>. Acesso em: 28 out 2021.

do Estado de São Paulo (Artesp), para dirimir questões expressamente delimitadas no contrato<sup>40</sup>, sem qualquer valoração sobre os impactos de decisões de cunho pecuniário contra a Administração Pública.

Diante do exposto, verifica-se uma recente preocupação do estado de São Paulo em resguardar sua posição em relação aos instrumentos de apoio à gestão contratual e de resolução de disputas (de cunho não jurisdicional) que emitam pronunciamentos que possam gerar obrigações pecuniárias em desfavor da Administração Pública, quando houver uma clara pretensão governamental resistida em relação a tal pronunciamento. Como natural consequência dessa irresignação, será necessário questionar seu conteúdo pelas formas previstas na lei e no contrato, o que será objeto de análise a seguir.

## 4. MÉTODOS FORMAIS PARA QUESTIONAR MANIFESTAÇÕES NÃO JURISDICIONAIS

Os itens a seguir se debruçarão sobre a forma pela qual a Administração Pública contratante poderá tomar medidas aptas à revisão de pronunciamentos apresentados no bojo de foros de apoio à gestão contratual ou dos instrumentos de decisão de natureza não-jurisdicionais. Para os instrumentos decisórios dotados de jurisdicionalidade (arbitragem e processo judiciário estatal), existem os instrumentos impugnativos específicos da Lei Federal nº 9.307/96 e da Lei Federal nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), que não serão objeto de análise neste ensaio acadêmico.

### 4.1 Instrumentos não vinculantes

A emissão de uma manifestação por um foro de apoio à gestão do contrato (verificador independente, auditor independente e figuras semelhantes) ou a recomendação exarada por um *Dispute Review Board*

---

40 A saber: exploração de receitas acessórias que originem impactos, ainda que potenciais, sobre os serviços delegados e/ou ao Poder Concedente e/ou à Artesp; incorporação de inovações tecnológicas que sejam pertinentes à prestação dos serviços delegados; transição do Sistema de Travessias Litorâneas para o Poder Concedente ou para sucessora; ao cálculo das indenizações eventualmente devidas à concessionária nas hipóteses regradas neste contrato.

pode ser questionada pelas partes nos termos das previsões contidas no instrumento contratual.

Em geral, os contratos estabelecem que a parte pode encaminhar uma correspondência discordando do pronunciamento emanado, o que a imediatamente desobriga de seu cumprimento.

Especificamente nos *Dispute Boards*, caso as partes façam a opção pelo uso de um regulamento institucional, como editado pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), são previstas disposições sobre a forma de manifestar descontentamento com a recomendação emitida pelo *review board*<sup>41</sup>. Nesses casos, foi positivada a determinação de que o silêncio da parte poderá ser entendido como ausência de irresignação em relação ao pronunciamento exarado, tornando-o vinculante às partes<sup>42</sup>.

## 4.2 Instrumentos vinculantes

A previsão contratual de instrumentos de apoio à sua gestão, com competência para emissão de pronunciamentos vinculantes às partes, ou de métodos de solução de disputas cujas decisões sejam vinculantes e não-jurisdicionais, geram desafios adicionais para seu questionamento ou impugnação.

Como uma decorrência lógica da organização constitucional brasileira, toda lesão ou ameaça a direito poderá ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário ou por órgão dotado de jurisdição (como um Tribunal Arbitral, livremente escolhido pelas partes)<sup>43</sup>.

41 Nos termos previstos no item 5 do artigo 4º do Regulamento de DB da CCI: “Qualquer Parte que não esteja satisfeita com uma Recomendação deverá, nos 30 dias seguintes ao seu recebimento, notificar a outra Parte e o DRB de sua insatisfação. Essa notificação poderá especificar os motivos de sua insatisfação, na ausência dos quais o DRB poderá solicitar que a Parte forneça ao DRB e à outra Parte, de modo resumido, as razões de sua insatisfação” (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, op. cit., p. 16, tradução nossa).

42 Novamente, prevê do Regulamento de DB da CCI, no item 3 do artigo 4º: “As Partes acordam que, se, nos 30 dias seguintes ao recebimento de uma Recomendação, nenhuma das Partes notificar a outra Parte e o DRB, por escrito, de sua insatisfação com a Recomendação, esta passará a ser final e vinculativa para as Partes. As Partes deverão cumprir sem demora a Recomendação que se tornou final e vinculativa e concordam em não contestar essa Recomendação, a menos que tal acordo seja proibido pela lei aplicável” (Ibidem, p. 16, tradução nossa).

43 De acordo com o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, combinada com a interpretação emanada nos autos do Agravo em Sentença Estrangeira nº 5.206 – Reino da Espanha.

Contudo, permanece a dúvida sobre as consequências para as partes contratuais em relação à emissão de pronunciamentos administrativos vinculantes, até que sobrevenha decisão jurisdicional que revisite seu conteúdo ou suspenda sua eficácia.

Em termos gerais, não se vislumbra qualquer fundamento jurídico para a negativa de cumprimento de deveres contratuais reconhecidos por verificador independente, auditor independente, *Dispute Adjudication Board*, entre outros foros. Se as partes contratuais optaram por inserir tais instâncias na avença celebrada, ou qualificá-las como vinculantes, o *pacta sunt servanda* se impõe.

A peculiaridade reside nos casos em que tais instâncias reconheçam obrigação de cunho pecuniário em desfavor da Administração Pública, que somente poderá ser compelida à realização involuntária de pagamentos mediante decisão jurisdicional, nos termos da sistemática prevista no artigo 100 da Constituição Federal<sup>44</sup>.

Nesse campo, haverá o embate entre dois pressupostos, que merecem consideração. Por uma perspectiva, determinados instrumentos de resolução de disputas contratuais somente fazem sentido se permitirem a plena eficácia e obrigatoriedade de suas decisões. Exemplificando, um *Dispute Adjudication Board* que faculte a uma parte não cumprir decisão que gere efeitos pecuniários contra si se tornará um *Dispute Review Board*. Assim, é importante que se compreenda que a liberdade contratual para reconfigurar institutos jurídicos poderá encontrar resistência diante da própria delimitação conceitual desses institutos, consolidada em nível global ao longo dos anos<sup>45</sup>.

Em outra perspectiva, o regime de organização administrativa, orçamentária e financeira do Estado se sedimentou em torno do poder jurisdicional como único apto a determinar o dispêndio involuntário de recursos públicos, por meio do precatório, como instrumento constitucional de organização de pagamento da dívida pública.

---

44 Conforme já exposto no item 3.1 supra.

45 Por esse motivo, já existem estudos acadêmicos que defendem ser recomendável apenas o *Dispute Review Board* para a Administração Pública. Cf: LIRA, Kaliane Wilma Cavalcante de. A possibilidade do uso do dispute board nos contratos de concessão em infraestrutura rodoviária: vantagens, limites e adequações. 2021. Trabalho de conclusão (Especialização em Advocacia Pública) – Escola da Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, 2021.

Nesta seara ainda não existem respostas absolutamente corretas, tampouco jurisprudência ou doutrina majoritária, ante a novidade do tema. Caberá aos operadores do Direito que militam nessa área escrever os próximos capítulos desta história.

## 5. CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe uma análise sobre os instrumentos de apoio à gestão contratual e os institutos de solução de divergências contratuais de conteúdo não jurisdicional.

A partir de um estudo de caso, desenvolvido por pesquisa qualitativa delimitada por recentes contratos de PPP do estado de São Paulo, verificou-se a presença de tais órgãos, por vezes com atribuição para emissão de pronunciamento vinculante às partes da avença.

Diante desse contexto, descortinam-se cenários complexos, especialmente quando estamos diante de setores de infraestruturas públicas regulados por agência independente, ou quando os foros de apoio à gestão contratual ou de resolução não jurisdicional de conflitos emitirem pronunciamentos contra a Administração Pública com efeitos pecuniários.

As análises apresentadas forneceram alguns subsídios para aprofundamento e potenciais soluções para problemas que ainda demandam um maior experimentalismo no cotidiano da execução contratual, para que possamos encontrar caminhos ótimos ao desenvolvimento do Brasil nessa temática.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre

a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 29 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1-23, 1 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1766/2021. Processo n. TC 039.400/2020-4. Acompanhamento (desestatização). Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 28 jul. 2021. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 96, 6 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 016.936/2020-5**. Desestatização. Agência nacional de transportes terrestres. Acompanhamento. Primeiro estágio da outorga de concessão dos trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO. Estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental. Determinações. Recomendações. Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Relator: Min. Vital do Rêgo, 8 de dezembro de 2020. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A4036%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4036%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 11 jul. 2022.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRIS, José Ricardo; MOURA, Ana Serra. La participación de los Estados y entidades públicas latino-americanas em Arbitraje de La Cámara de Comercio Internacional: diez años de experiencia. In: TANZI, Attila *et al.* (ed.). **Derecho internacional de las inversiones em América Latina**. Boston: Leiden, 2016. p. 571-600.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HART, Oliver; MOORE, John. **Foundations of incomplete contracts**. Cambrige: National Bureau of Economic Research, 1998. NBER Working Paper Series, Working Paper 6726.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Dispute board rules.** Paris: International Centre for ADR, 2015.

LEAL, Rosemíro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem.** São Paulo: Saraiva, 2013.

LIRA, Kaliane Wilma Cavalcante de. **A possibilidade do uso do dispute board nos contratos de concessão em infraestrutura rodoviária: vantagens, limites e adequações.** 2021. Trabalho de conclusão (Especialização em Advocacia Pública) – Escola da Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, 2021.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

OLIVEIRA, Eloy Henrique Saraiva de; PAIVA, Danuza Aparecida de. O papel dos verificadores independentes nos contratos de PPP: a experiência do Estado de Minas Gerais. *In: Congresso Consad de Gestão Pública, 4., 2013, Brasília, DF. Anais [...].* Brasília, DF: Consad. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2013/05/193-O-PAPEL-DOS-VERIFICADORES-INDEPENDENTES-NOS-CONTRATOS-DE-PPP-A-EXPERI%C3%8ANCIA-DO-ESTADO-DE-MINAS-GERAIS.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias público-privadas.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 598-640.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem nos contratos administrativos.** São Paulo: Forense, 2011.

SÃO PAULO. **Contrato n. 02/2021.** Processo STM n. 2907444/2019. Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros,

das linhas Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da região metropolitana de São Paulo. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 13 jul. 2021. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/spl/2021/09/Acessorio/1000384837\\_1000459120\\_Acessorio.pdf](https://www.al.sp.gov.br/spl/2021/09/Acessorio/1000384837_1000459120_Acessorio.pdf). Acesso em: 11 jul. 2022.

**SÃO PAULO. Manual de parcerias do estado de São Paulo.** São Paulo: Secretaria do Governo, [2015]. Disponível em: [http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual\\_de\\_parcerias\\_do\\_estado\\_de\\_sao\\_paulo.pdf](http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf). Acesso em: 20 out. 2021.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Law and Leviathan: redeeming the administrative state.** Cambridge: Harvard University Press, 2020.

WALLACE, Peter; GIUNTA, Frank; GUTIERREZ, Felipe. Dispute boards: internacional and Latin American experiences. In: TRINDADE, Bernardo Ramos (coord.). **CRD – comitê de resolução de disputas nos contratos de construção e infraestrutura.** São Paulo: Pini, 2016.p. 192-214.

YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-private partnerships for infrastructure: principles, policy and finance.** 2. ed. Cambridge: Butterworth-Heinemann, 2018.

**NUNES, Thiago et al. Parecer SubG-Consultoria n. 123/2020.** Ementa: LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL. Concessão onerosa 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. Exame da instrução dos autos e da minuta do edital e anexos, incluindo a minuta de contrato. Matéria regida pelas Leis Federais nº 8.987/95 e nº 12.587/12 e, subsidiariamente, pela Lei Federal nº 8.666/93. No âmbito estadual, aplicação das Leis Estaduais nº 6.544/89 e nº 7.835/92. Concessão com prazo de 30 (trinta) anos. Adjudicação pelo critério de maior oferta pela outorga fixa da concessão. Recomendações efetuadas para o prosseguimento do procedimento licitatório. Anotações a respeito das minutas fornecidas e propostas nelas contidas. Viabilidade jurídica da pretensão, se atendidas as recomendações. Interessado: Secretaria dos Transportes Metropolitanos. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2020.

# 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 Costa<sup>1</sup>

Lorena de Moraes e Silva<sup>2</sup>

---

**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 rodoviários<sup>3</sup>, metroviários<sup>4</sup>, aeroviários<sup>5</sup>, 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 – Centroviás (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 Jundiaí; 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 concessão<sup>6</sup>, a Procuradoria-Geral do Estado tem buscado, a cada novo projeto, aprimorar a redação dos editais e contratos, a fim de regrar, de maneira mais detalhada, eventos que tenham causado desequilíbrios econômico-financeiros e, consequentemente, 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, consequentemente, não há possibilidade de exaurimento de todas as relações contratuais deles decorrentes, sem que isso se caracterize como patologia contratual<sup>7</sup>. 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 2020<sup>8</sup>, 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 caracterizem como prolongamento das Linhas nas Regiões Metropolitanas de São Paulo e de Sorocaba.

Analisando o Contrato nº 02/2021<sup>9</sup> 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 estação<sup>10</sup>, propiciando melhorias de desempenho e de qualidade aos serviços prestados”<sup>11</sup>.

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)<sup>12</sup>, 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 5.6<sup>13</sup> 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 TRÂNSFERÍVEIS 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 operação<sup>14</sup>.

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 passageiros<sup>15</sup>.

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, [...].<sup>16</sup>

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 contratada<sup>17</sup>.

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 adicionais<sup>18</sup>.

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 execução<sup>19</sup>.

Tal previsão, em complementação à inovação citada, igualmente se faz importante, pois, em que pesa 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-FINANCEIRO 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”<sup>20</sup>. 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/Detailhes/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, consequentemente, 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*<sup>21</sup>:

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-

---

<sup>21</sup> 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](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 especificar 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 ocorra<sup>22</sup>, alterando unilateralmente o Contrato de Concessão<sup>23</sup>, desde que este seja reequilibrado, por meio de uma ou mais modalidades previstas na sua Cláusula 38.1<sup>24</sup>.

---

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) resarcimento 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”<sup>25</sup>; 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 posturaativa 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.

---

<sup>25</sup> 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 o 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 a desenvolvimento da relação contratual<sup>26 27</sup>.

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-concessao/1j0zdv2v1wnz>. 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 licitatório<sup>28</sup>.

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 Rodoviários<sup>29</sup>.

---

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 estimativa 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.

Cumpre 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 Ribeiro<sup>30</sup>:

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,

---

<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

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 Federal<sup>32</sup>, além de expressa previsão legal nas Leis Federais nº 8.666/93<sup>33</sup> e nº 8.987/1995<sup>34</sup>. 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 constitucional 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, consequentemente, 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 consequente 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 consequência importantes desequilíbrios econômico-financeiros, assim como atraso na fruição dos serviços pelos usuários finais.

## **5. CASOS 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**

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 consequências 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 elaborado<sup>35</sup>, 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 rodoviário<sup>36</sup>.

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 vénia 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.<sup>37</sup>

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

---

<sup>37</sup> 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”<sup>38</sup>. 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”.<sup>39</sup>

A questão foi analisada pela Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral da Procuradoria-Geral do Estado e, na Manifestação GPG/CONS nº 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, consequentemente, 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 Federal<sup>40</sup>.

---

39 Parecer CJ/STM nº 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 planeamento 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 2021<sup>41</sup>.

## 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 dezóito 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 concessionária<sup>42</sup>, não foi prevista a possibilidade de o Poder Concedente simplesmente não conseguir concluir a obra e, consequentemente, 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 sobreestamentos do procedimento<sup>43</sup>, 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 regrar 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)<sup>44</sup>, 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.

---

<sup>44</sup> Conforme atas da 4<sup>a</sup> Reunião Conjunta Extraordinária, de 03/07/2019, da 8<sup>a</sup> Reunião Conjunta Ordinária, de 19/12/2019, 6<sup>a</sup> 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 Concessão<sup>45</sup>, importando em violação aos princípios da intangibilidade do objeto e da vinculação ao instrumento convocatório<sup>46</sup>.

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 públicas<sup>47</sup>. Mas, nesse novo projeto, o Poder Concedente entendeu por bem transferir à futura concessionária a obrigação de conclusão das obras<sup>48</sup>, 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 imparcialidade, 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 manutenção<sup>49</sup>.

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 conclusão<sup>50</sup>.

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 receita<sup>51</sup>.

---

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 poderá 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 apresente, 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 8.666/1993<sup>52</sup>, 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 partes<sup>53</sup>.

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 longas<sup>54</sup> 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 Concessão<sup>55</sup>.

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

---

<sup>55</sup> 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, § 2º<sup>56</sup>.

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. Consequentemente, 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-concessao-bol-1j0zdv2v1wnz>. 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](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/](http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/123) 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.

# A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU) NO ÂMBITO DE CONCESSÕES ESTADUAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Caio César Alves Ferreira Ramos<sup>1</sup>

Júlia Maria Plenamente Silva<sup>2</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – A incidência do IPTU em concessões estaduais; 3 – A disciplina contratual da incidência do IPTU em concessões de serviços públicos; 3.1 – Tratamento contratual da incidência do IPTU sobre áreas comerciais; 3.2 – Tratamento contratual da incidência do IPTU sobre áreas não comerciais; 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** A incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) sobre os bens inseridos no âmbito das concessões sempre foi tema de

---

1 Procurador do estado de São Paulo, em atuação no âmbito da Consultoria Jurídica da Secretaria Estadual de Logística e Transportes, especialista em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Direito SP) e bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

2 Procuradora do estado de São Paulo, Assessora da Subprocuradoria da Consultoria Geral. Especialista em Direito Administrativo pela Coordenadoria Geral de Especialização (Cogeae) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre e Doutora em Direito do Estado pela PUC-SP. Coordenadora do curso de pós-graduação em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

grande controvérsia, especialmente após as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo dos julgamentos do Recurso Extraordinário nº 594.015/SP e do Recurso Extraordinário nº 601.720/RJ, que afastaram a imunidade tributária recíproca em relação a imóveis de titularidade pública, explorados por empresas privadas que exercem atividade econômica, a partir de premissa não aceita pela doutrina dominante, concernente à identificação do sujeito passivo do IPTU como aquele que exerce a posse sem *animus domini*. No mais, para além do direito tributário, as decisões consideraram que o reconhecimento da imunidade recíproca em tais casos representaria vantagem concorrencial indevida. Tais decisões representaram estímulo para que diversos Municípios procedessem à cobrança de IPTU sobre bens públicos explorados economicamente no âmbito de concessões, razão pela qual este artigo se propõe a enfrentar os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, sem descurar da previsão concernente ao risco da cobrança em estudos de viabilidade econômica e financeira, bem como no contrato de concessão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito administrativo. Direito tributário. Imunidade tributária recíproca. IPTU. Concessões.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) sobre ativos imobiliários inseridos no âmbito de concessões estaduais. O trabalho é elaborado a partir da experiência do estado de São Paulo a respeito da matéria, que, inicialmente, foi suscitada quando do estudo de viabilidade e modelagem da contratação de concessões onerosas para exploração de ativos de propriedade ou posse estadual, a exemplo da concessão de uso do Complexo Desportivo Constâncio Vaz Guimarães.

Na ocasião, foi proferido, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, o Parecer SubG-Cons nº 55/2019. O opinativo analisou a questão à luz de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), que afastaram a imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150,

inciso VI, alínea “a”, da Constituição da República de 1988, para admitir que Municípios procedessem ao lançamento do IPTU sobre imóveis de titularidade pública explorados por empresas privadas que exercem atividade econômica<sup>3</sup>. Essas decisões foram tomadas como precedentes para a fixação do Tema 385 do STF, cuja tese foi a seguinte:

A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos.

Nessa hipótese é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município.<sup>4</sup>

No mais, o opinativo também considerou dois pareceres proferidos pela Procuradoria-Geral do Município de São Paulo sobre o tema, com caráter normativo, que concluíram pelo afastamento da incidência do IPTU para imóveis municipais cuja gestão fosse delegada à iniciativa privada por meio de concessão de serviço público, a exemplo do Complexo do Pacaembu, dos Terminais de ônibus e dos Mercados Sacolões.

Após a análise promovida pelo Parecer SubG-Cons nº 55/2019, a matéria foi, em outras oportunidades, submetida à Procuradoria-Geral do Estado, sendo de relevo o exame realizado quando do estudo de viabilidade e modelagem do projeto de concessão dos aeroportos regionais e de aviação executiva do estado de São Paulo<sup>5</sup>. Com efeito, no ensejo,

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 594.015/SP. Imunidade – Sociedade de economia mista arrendatária de bem da União – IPTU. Recorrente: Petróleo brasileiro S/A – Petrobras. Recorrido: Município de Santos. Relator: Ministro Marco Aurélio, 6 de abril de 2017. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 25 ago. 2017a; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 601.720/RJ. IPTU – Bem público – Cessão – Pessoa Jurídica de direito privado. Incide o imposto Predial e territorial urbano considerado bem público cedido a pessoa jurídica de direito privado, sendo esta a devedora. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Barrafor Veículos Ltda. Relator: Ministro Edson Fachin. Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio, 19 de abril de 2017. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 5 set. 2017b.

4 NÚCLEO DE GERENCIAMENTO DE PRECEDENTES. Julgamento do Tema 385 pelo STF. *Boletim Nugep*, Brasília, DF, v. 11, p. 1, 2017, p. 1.

5 Como cediço, a exploração da infraestrutura aeroportuária nacional é de competência da União, nos termos do artigo 21, inciso XI, alínea “c”, da Constituição da República de 1988. No entanto, o artigo 36, inciso III, da Lei federal nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (“Código Brasileiro de Aeronáutica”), admite a delegação de aeródromos públicos civis aos demais entes federados. Nesse sentido, a partir de convênios de delegação firmados junto à União, os aeroportos, objeto do retomencionado projeto de concessão, passaram à administração do estado de São Paulo, que, recentemente, entendeu por bem transferir à iniciativa privada.

a partir do andamento jurisprudencial do tema e da situação vivenciada no âmbito das concessões aeroportuárias federais, identificou-se o risco de cobrança da exação por determinados municípios, sobretudo em relação às áreas não comerciais dos aeródromos, a partir de sua delegação à iniciativa privada, o que inspirou a necessidade de conferir o devido tratamento contratual ao assunto.

Nesse contexto, este artigo tem por finalidade resgatar a análise realizada no bojo do Parecer SubG-Cons. nº 55/2019 acerca da incidência do IPTU sobre ativos imobiliários inseridos no âmbito de concessões de serviços públicos estaduais, bem como discorrer sobre o tratamento contratual da matéria, a partir do modelo encampado pelo projeto de concessão dos aeroportos regionais e de aviação executiva do estado de São Paulo.

## **2. A INCIDÊNCIA DO IPTU EM CONCESSÕES ESTADUAIS**

Como previamente abordado, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 594.015/SP e do RE nº 601.720/RJ, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição da República de 1988 não se aplica aos imóveis de titularidade pública explorados por empresas privadas que exercem atividade econômica.

No RE nº 594.015/SP, o caso em julgamento envolvia imóvel localizado no Porto de Santos, área pertencente à União, ocupado pela Petrobrás, sociedade de economia mista e arrendatária da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp). Já no RE nº 601.720/RJ, a situação fática referia-se a um contrato de concessão de uso de imóvel entre a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), empresa pública, e uma sociedade empresária que se dedicava à exploração de atividade econômica. Assim, nas duas hipóteses, houve a cessão do uso de bens públicos à pessoa jurídica de direito privado exploradora de atividade econômica.

No julgamento de ambos os casos, a tese então fixada baseou-se em dois argumentos centrais: o primeiro, de ordem tributária, de que o contribuinte do IPTU não se restringe ao proprietário do imóvel, alcançando, além do titular do domínio útil, o seu possuidor a qualquer título; e o segundo, voltado à preservação da concorrência, de que as empresas – privadas ou sociedades de economia mista – que exploram

atividade econômica e às quais é cedido o uso de bem público, não podem se valer da extensão da imunidade tributária recíproca, sob pena de obterem vantagem concorrencial indevida em relação às demais empresas atuantes no mercado.

No tocante ao Direito Tributário, pode-se dizer que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal representou uma guinada no entendimento prevalecente até então na doutrina, ao considerar como sujeito passivo do IPTU não apenas o titular da propriedade ou posse com *animus domini*, mas também seu possuidor a qualquer título.

Com efeito, a Constituição da República de 1988 é clara ao atribuir aos municípios a competência para instituir impostos sobre a *propriedade predial e territorial urbana*<sup>6</sup>. O Código Tributário Nacional, por sua vez, estendeu a hipótese de incidência à *posse* e ao *domínio útil*<sup>7</sup>, tidas pela doutrina majoritária como equiparáveis à propriedade quando imbuídas do *animus domini*, ou seja, nos casos em que o possuidor tenha a intenção de se tornar proprietário. Nesse sentido, transcreve-se o exposto por Vladmir Passos de Freitas:

A primeira observação a ser feita é a outorga de competência conferida aos Municípios para instituírem o IPTU sobre a *propriedade* e o CTN estendê-la para o *domínio útil* e a *posse*. Aires Fernandino Barreto e Ives Gandra da Silva Martins explicam que a Constituição não utilizou a palavra propriedade no sentido técnico, mas vulgar, permitindo assim entender a posse e o domínio útil como fato gerador do imposto. Mas não é qualquer posse que permite a incidência do imposto. Somente a posse *ad usucaptionem*, com *animus domini*, isto é, a posse do possuidor como se dono fosse, com a possibilidade de adquirir a propriedade, pode ser alcançado pelo tributo.<sup>8</sup>

- 
- 6 “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 jul. 2022, art. 156).
- 7 “Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município” (BRASIL. Código tributário nacional. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2012, p. 64).
- 8 FREITAS, Vladmir Passos de (coord.). *Código tributário nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 128, grifo do autor.

Especificamente no que se refere às concessões promovidas pelo poder público, cumpre ressaltar que, em essência, estas envolvem a outorga, a diversa pessoa, de um direito relativo a algo que seja inerente à Administração, quer se trate de um serviço público ou outra atividade estatal, quer seja o uso ou a exploração de um bem público<sup>9</sup>. Nesse contexto, por mais longos que possam ser os contratos de concessão, não é possível às concessionárias, por essa via, a aquisição de direitos de propriedade, que permanece pública. Assim, a posse é exercida em nome do proprietário, e em estrita observância às determinações deste, materializadas no contrato. Não há uma livre exploração do bem nem o livre exercício dos direitos inerentes à posse, o que é algo inafastável em um contexto de exercício da posse com *animus domini*.

Por esse motivo, com relação ao ativo imobiliário integrante das concessões, as concessionárias exercem posse sem *animus domini*, ou seja, sem a intenção de adquirir sua propriedade, o que, sob o prisma do Direito Tributário, afasta sua condição de sujeito passivo do IPTU. Na mesma linha, é o que explicita Hugo de Brito Machado, abordando de modo específico a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 594.015/SP e do RE nº 601.720/RJ:

[A] posse, que pode ser tratada como fato gerador do IPTU, é a posse com *animus domini*, vale dizer, a posse na qual o possuidor se considera proprietário, e não se pode deixar de considerar que a União Federal, nos contratos de locação, ou mesmo de concessão, não transmite ao possuidor mais do que a simples posse, jamais a posse na condição de proprietário.

[...]

Não temos dúvida, portanto, de que a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 594.015 e 601.720, data máxima vénia, viola flagrantemente a Constituição Federal, posto que imóvel de propriedade de entidade imune não pode, em nenhuma hipótese, ser tributado pelos municípios, vale dizer, não pode ensejar a cobrança do IPTU.<sup>10</sup>

9 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 262.

10 MACHADO, Hugo de Brito. O fato gerador do IPTU e a cobrança deste de ocupantes de imóveis públicos. RFDT, Belo Horizonte, ano 16, n. 91, p. 21-28, 2018, p. 28.

A manutenção da titularidade estatal dos ativos imobiliários pertinentes a projetos de concessão também é confirmada contabilmente. Com efeito, ainda que a concessionária venha a construir infraestrutura imobilizada, por ser reversível ao poder público ao final da concessão, esta deve ser contabilizada como ativo imobiliário no balanço do poder concedente, e não da concessionária. Nesse sentido, destacamos a Interpretação Técnica ICPC 01 (R1), do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, a respeito dos contratos de concessão:

Tratamento dos direitos do concessionário sobre a infraestrutura

11. A infraestrutura dentro do alcance desta Interpretação não será registrada como ativo imobilizado do concessionário porque o contrato de concessão não transfere ao concessionário o direito de controlar o uso da infraestrutura de serviços públicos. O concessionário tem acesso para operar a infraestrutura para a prestação dos serviços públicos em nome do concedente, nas condições previstas no contrato.<sup>11</sup>

No que se refere aos imóveis públicos objeto de concessão, portanto, a titularidade da propriedade permanece com o poder concedente, não sendo a posse exercida pelas concessionárias imbuída de *animus domini* a atrair a incidência do IPTU, de modo a restar aplicável a imunidade tributária recíproca, nos termos do artigo 150, inc. VI, alínea “a”, da Constituição da República 1988.

Quanto ao segundo fundamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que vislumbrou a existência de uma indevida vantagem concorrencial no reconhecimento da imunidade tributária recíproca a empresas exploradoras de atividade econômica cessionárias dos bens públicos, é importante destacar que essa linha de pensamento ignora a possibilidade de o referido benefício tributário ser efetivamente considerado e apropriado pelo poder público na modelagem dessas contratações, neutralizando qualquer tipo de impacto concorrencial.

Com efeito, considerando-se a hipótese de uma concessionária de veículos que, mediante cessão de uso, explora imóvel público situado em

---

11 COMITÊ DE PROCEDIMENTOS CONTÁBEIS. Interpretação Técnica ICPC 01 (R1). Brasília, DF: CPC, 2013. Disponível em [http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/66\\_ICPC\\_01\\_R1\\_rev%202013.pdf](http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/66_ICPC_01_R1_rev%202013.pdf). Acesso em: 26 jun. 2019, p. 4.

área aeroportuária, tal qual havido no julgamento do RE nº 601.720/RJ, ao contrário do quanto presumido pelo Supremo Tribunal Federal no caso em questão, não há necessariamente uma vantagem concorrencial que lhe aproveite em função do afastamento da incidência do IPTU sobre o bem público por decorrência da imunidade tributária recíproca. Isso porque esse benefício tributário, quando conhecido pelas partes no momento da contratação, tende a ser incorporado ao preço exigido pelo poder público como contrapartida para a outorga onerosa do uso do bem de propriedade estatal, não havendo a apropriação dos ganhos econômicos da ausência de tributação pela cessionária.

Nesse sentido, para fins didáticos, imagine-se, por exemplo, que, em pesquisa de mercado, identifique-se que imóveis privados análogos ao referido bem público possuem valor locacional mensal equivalente a 100, sendo objeto de IPTU no montante de 10, de modo que o custo total de locação dos mesmos corresponde a 110. Em tal situação, considerando a imunidade tributária recíproca, seria plenamente possível que, a título de remuneração mensal, o contrato de cessão do indigitado bem público estipulasse o valor de 110, mantendo-se em linha com o praticado no mercado, sem conferir, portanto, qualquer tipo de vantagem concorrencial à cessionária em relação às demais concessionárias de veículos locadoras de imóveis privados semelhantes ao então cedido.

Na mesma toada, na hipótese de localização do retromencionado imóvel público em área aeroportuária concedida à iniciativa privada, sujeitando-o, por conseguinte, à administração de concessionária de serviço público, tampouco esta seria necessariamente beneficiada em termos econômicos em razão da imunidade tributária recíproca. De fato, apropriando esse benefício tributário, a modelagem da concessão em questão tenderia a estimar o potencial de aproveitamento econômico de tal bem público mediante valor mensal locacional de 110, em linha com o custo total praticado no mercado, sendo exigido, para efeito de celebração do correspondente contrato de concessão, o pagamento de outorga calculada em função de tal estimativa, neutralizando eventual vantagem concorrencial da concessionária no mercado imobiliário.

De todo modo, no que tange às concessões de serviços públicos, há que se ressaltar, ainda, que o argumento concorrencial invocado pelo Supremo Tribunal Federal para o afastamento da imunidade tributária

recíproca relativamente à incidência do IPTU deve ser, com ainda maior razão, relativizado. Isso porque, não raramente, esses projetos envolvem monopólios naturais<sup>12</sup>, em que, por diversas ordens de motivos, o mercado não comporta a existência de mais de um agente econômico explorando a mesma atividade, tornando questionável a invocação de razões concorrenenciais nesse particular.

Malgrado a matéria não tenha sido expressamente abordada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 594.015/SP e do RE nº 601.720/RJ, também deve ser visto com reservas o argumento de que os ativos imobiliários utilizados pelas concessionárias para a exploração de atividades econômicas geradoras de receitas acessórias não devem ser abrangidos pela imunidade tributária recíproca aplicável aos imóveis empregados para a prestação do serviço público concedido.

Deveras, por esse racional, em uma concessão aeroportuária, por exemplo, as “áreas não comerciais”, diretamente afetadas ao serviço público aeroviário, como a pista de pouso e decolagens, a torre de controle e o pátio de manobra das aeronaves, não poderiam ser objeto do IPTU. A seu turno, seria cabível a incidência do imposto sobre as “áreas comerciais”, utilizadas pelas concessionárias para a exploração de receitas acessórias, mediante, exemplificativamente, a locação desses espaços a terceiros desenvolvedores de atividades econômicas, como lanchonetes e lojas<sup>13</sup>.

Trata-se de argumentação problemática, com a qual não se coaduna. A uma porque parte da premissa de uma rígida divisão entre serviços públicos e atividades econômicas (em sentido estrito) cada vez menos aderente ao ordenamento jurídico pátrio<sup>14</sup>. A duas porque ignora o papel desempenhado pelas receitas acessórias no âmbito de concessões de serviços públicos, notadamente como elemento modulador da equação econômico-financeira

12 SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 202.

13 Nesse sentido, v.: SCAFF, Fernando Facury. Ainda há questões acerca da cobrança de IPTU sobre área concedida. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-25/justica-tributaria-ainda-questoes-acerca-cobranca-ipnu-area-concedidas>. Acesso em: 30 set. 2021.

14 Sobre o tema, v.: COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro. *RDPE*, Belo Horizonte, v. 14, n. 15, p. 197-224, 2006.

dessas avenças e potencialmente propiciador da modicidade tarifária, conforme expressamente reconhecido pelo legislador<sup>15</sup>.

Com efeito, as receitas acessórias constituem um dos fatores que integram a concepção funcional de concessão enquanto um arranjo financeiro capaz de servir como alternativa à implementação de serviços e empreendimentos públicos não custeáveis exclusivamente pelo erário, viabilizando a realização de investimentos significativos para a disponibilização de utilidades à sociedade<sup>16</sup>. Em alguns casos, como no retomencionado exemplo das concessões aeroportuárias, as receitas não-tarifárias ocupam uma posição central na equação econômico-financeira dos projetos concessionários, equiparando-se ou até mesmo superando os rendimentos obtidos mediante a arrecadação tarifária<sup>17</sup>, sendo, portanto, viabilizadoras da própria implantação e manutenção de empreendimentos de utilidade pública.

Por atenderem a essa finalidade, as atividades geradoras de receitas acessórias não podem ser enquadradas como exclusivamente privadas para efeito de incidência do IPTU sobre a área geográfica em que são desenvolvidas, sendo certo que eventual imposição do tributo às concessionárias seja em relação aos bens relacionados diretamente à exploração do serviço público concedido, ou indiretamente, no que tange aos utilizados para a geração de receitas acessórias, tende a onerar o poder público e a coletividade. De fato, invariavelmente, a incidência tributária, nesse particular, afetará diretamente a modelagem do projeto concessionário, repercutindo, por exemplo, sobre o valor da outorga a ser eventualmente paga pelo particular, da contraprestação porventura a cargo do poder concedente e da própria tarifa devida pelos usuários, o que, ao final e em termos econômicos, representará oneração do próprio Estado e da sociedade, situação que a imunidade tributária recíproca pretende evitar.

Por essa linha intelectiva, entende-se que, a despeito da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 594.015/SP e do RE nº 601.720/RJ, é indevida a incidência do IPTU sobre ativos imobiliários inseridos em projetos de concessão conduzidos pelos Estados-membros

15 Cf. art. 11 da Lei federal nº 8.987/1995.

16 MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 172-176.

17 RIBEIRO, Maurício Portugal. Receitas acessórias decorrentes de novos projetos imobiliários em concessões e PPPs. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 372-373.

e outros entes federados, sendo preservada, nesse particular, a imunidade tributária recíproca a que se refere o artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição da República de 1988.

Deve-se, assim, louvar a iniciativa de municípios que, mesmo posteriormente aos referidos julgados, promoveram o reconhecimento do supracitado entendimento. É o caso, por exemplo, do município de São Paulo, por intermédio da sua Procuradoria-Geral, notadamente nos Pareceres Normativos PGM nº 11.841, de 12 de março de 2018 e PGM/CGC nº 683170, de 21 de fevereiro de 2018. Nos opinativos, em linhas gerais, foi fixada a orientação de que deve ser considerada, para fins de tributação pelo IPTU, apenas a posse com *animus domini* e que os precedentes do STF se restringem à incidência do IPTU sobre bens públicos cedidos a empresas que exploram atividade tipicamente econômica, e não às delegatárias de serviço público<sup>18</sup>.

### **3. A DISCIPLINA CONTRATUAL DA INCIDÊNCIA DO IPTU EM CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Como exposto alhures, no plano teórico, é discutível a incidência do IPTU sobre as áreas utilizadas para a exploração de serviços públicos sob o regime de concessão, havendo argumentos para o afastamento dessa exação, a despeito das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 594.015/SP e do RE nº 601.720/RJ. Nada obstante, no plano concreto, sobretudo após os julgados em questão, tornou-se crescente a iniciativa de municípios tendente à cobrança desse imposto, especialmente no que tange a espaços operados por concessionárias para a exploração de receitas acessórias, a exemplo do que se passa em diversas concessões aeroportuárias espalhadas Brasil afora<sup>19</sup>.

18 Vale dizer que referidos pareceres trouxeram à baila outros fundamentos, assim como o mais recente proferido no Parecer PGM/CGC nº 033648949, de 07 de outubro de 2020, para afastar a aplicação dos citados julgados do STF, tal como o que de o imposto predial não incidiria, na medida em que o bem seria de titularidade do município, em decorrência de arranjo promovido em escritura pública de doação lavrada entre os entes, no qual o Estado não se torna titular de direito real, pois determinados encargos permaneceriam perpetuamente com o município. Assim, eventual cobrança de IPTU representaria autotributação.

19 Sobre o tema, v.: MARTÍNEZ-VARGAS, Ivan. Com arrecadação estagnada, prefeitos cobram IPTU de aeroporto privatizado. Folha de São Paulo, São Paulo, 4 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/11/prefeitos-cobram-ipu-de-aeroporto-privatizado.shtml>. Acesso em: 8 set. 2021.

Por esse motivo, embora dogmaticamente controversa, a incidência efetiva ou potencial de IPTU sobre os ativos imobiliários inseridos no escopo de concessões de serviços públicos é matéria a ser concretamente avaliada e endereçada no planejamento prévio desses empreendimentos. Trata-se de tema pertinente, inclusive, aos seus estudos de viabilidade econômica e financeira. Isso porque a instituição dessa exação e a extensão da área objeto de cobrança, nos termos da legislação municipal cabível, constituem variáveis que, no limite, podem comprometer a sustentabilidade econômico-financeira do projeto, repercutindo sobre as decisões relativas ao modelo de gestão e de delegação do serviço a ser encampado.

Nesse sentido, de um lado, o impacto tributário provocado pelas exações previamente conhecidas e instituídas pelas municipalidades competentes deve ser indicado nos estudos e projetos disponibilizados por ocasião da licitação destinada à outorga dos serviços concedidos, a fim de que possa ser considerado pelas licitantes na elaboração de suas propostas, nos termos do art. 18, inc. IV, da Lei federal nº 8.987/1995.

De outro lado, eventual cobrança que, embora inexistente sob a gestão pública dos serviços, torne-se plausível em face da transferência da exploração à iniciativa privada também deve ser contemplada no planejamento prévio da concessão, a título de risco componente do conjunto de encargos e benefícios imputável a cada parte contratual, integrando, assim, a equação econômico-financeira da avença<sup>20</sup>. No caso particular do IPTU, cumpre ressaltar que a projeção do potencial impacto da exação tributária é especialmente complexa, uma vez que diversas variáveis precisam ser consideradas, notadamente: (i) se o tributo será cobrado; (ii) quando o tributo será cobrado; (iii) qual a extensão territorial do objeto de tributação; e (iv) qual o valor venal considerado para cálculo do tributo, mormente caso incidente em áreas sem uso comercial.

De todo modo, o correto planejamento da concessão deve objetivar a identificação dos riscos que lhe são inerentes, permitindo que haja tratamento contratual expresso em relação a eles<sup>21</sup>. Tal iniciativa é pertinente não apenas à verificação da viabilidade econômico-financeira do empreendimento,

---

20 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 78.

21 MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos*. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 125.

mas também à previsão expressa dos riscos contratuais, dos mecanismos de atenuação contratual dessas áleas e dos mecanismos contratuais de solução de eventuais conflitos entre as partes relacionados à superveniência de tais riscos<sup>22</sup>. Nessa esteira, à míngua de uma solução jurisdicional definitiva acerca da incidência de IPTU sobre áreas integrantes de concessões de serviços públicos, torna-se relevante a disciplina contratual da matéria.

No âmbito do estado de São Paulo, essa premissa foi especialmente relevante na modelagem do projeto de concessão dos aeroportos regionais e de aviação executiva, que deu origem ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2021<sup>23</sup>. Com efeito, o planejamento desse projeto incorporou a questão relativa à incidência do IPTU sobre as áreas dos complexos aeroportuários concedidos, tendo a avaliação sido refletida na matriz de riscos componente da equação econômico-financeira do contrato de concessão. Trata-se de disciplina que abordou sob perspectivas diversas a possibilidade de incidência tributária sobre as áreas comerciais e não comerciais integrantes do ativo imobiliário transferido à iniciativa privada, conforme se passa a expor.

### **3.1. Tratamento contratual da incidência do IPTU sobre áreas comerciais**

Com relação às áreas comerciais dos aeroportos concedidos, o estudo de viabilidade econômica e financeira do projeto de concessão, anexado ao correspondente instrumento convocatório, arrolou os municípios que, de acordo com as suas respectivas legislações e orientações fazendárias, promoviam a cobrança do IPTU. Em acréscimo, o contrato de concessão estipulou expressamente ser obrigação da concessionária o recolhimento desse tributo quando efetivamente lançado, ainda que, em algumas situações contratualmente estabelecidas, tenha lhe sido assegurado o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, notadamente nas hipóteses em que o risco de incidência tributária foi alocado junto ao poder concedente<sup>24</sup>.

22 PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 138.

23 O instrumento convocatório e os demais documentos licitatórios estão disponíveis em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/139>. Acesso em: 13 jul. 2022.

24 “16.1. Constituem os principais direitos e obrigações da CONCESSIONÁRIA, durante todo o PRAZO DA CONCESSÃO, sem prejuízo das demais obrigações expressas

Essas previsões permitiram, de antemão, a elaboração de propostas de acordo com a premissa de incidência do IPTU sobre as áreas comerciais de aeroportos localizados nos supracitados municípios, evitando as chances de conflito *ex post* relacionados à constatação superveniente dessas cobranças pela concessionária, bem como integrando esse dado à equação econômico-financeira do contrato de concessão.

Por esse motivo, o contrato de concessão estipulou que a inocorrência da cobrança considerada no estudo de viabilidade econômica e financeira anexado ao instrumento convocatório, inclusive em virtude de isenção, imunidade ou não incidência tributária, ensejaria a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em favor do estado de São Paulo<sup>25</sup>. Vale dizer, eventual ausência de lançamento do imposto foi tratada contratualmente como um “risco gerador de reequilíbrio”, podendo conduzir a um processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em favor do poder concedente<sup>26</sup>.

---

neste CONTRATO, podendo seu descumprimento acarretar a sujeição às penalidades cabíveis de acordo com o regramento estabelecido por este CONTRATO e pelo ANEXO 17: [...] xxvi. Recolher os tributos incidentes sobre suas atividades, bem como cumprir a legislação tributária, inclusive IPTU de áreas comerciais, e quando se tratar da exploração de atividades que gerem RECEITAS NÃO TARIFÁRIAS, buscando meios mais eficientes, conforme os mecanismos disponíveis na legislação, ressalvado apenas as situações em que o risco da incidência tributária for assumido, de modo expresso, pelo ESTADO DE SÃO PAULO neste CONTRATO” (AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Contrato n. 0466/ARTESP/2022. Concessão dos serviços públicos de ampliação, operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do Complexo Aeroportuário constituído pelos aeroportos integrantes do bloco sudeste. São Paulo: Secretaria de Logística e Transportes, 15 fev. 2022, p. 46, 50).

- 25 “19.4. A inocorrência de lançamento tributário de IPTU sobre áreas comerciais em sítios aeroportuários localizados nos Municípios em que a cobrança do IPTU tenha sido considerada no EVTE, de acordo com o ANEXO 18, ressalvada a hipótese prevista na Cláusula 19.4.2, importará em reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, em favor do ESTADO DE SÃO PAULO, nos valores considerados no EVTE para cada AEROPORTO, nos termos do ANEXO 18, reajustados pela variação do IPCA na mesma data de reajuste dos TETOS TARIFÁRIOS. 19.4.1. O reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, tratado na Cláusula 19.4, será devido ainda que a inocorrência do lançamento tributário de IPTU decorra de reconhecimento de isenção, imunidade ou não incidência tributária, ressalvando-se, exclusivamente, a hipótese tratada na Cláusula 19.4.2” (Ibidem, p. 68-69).
- 26 “No âmbito dos riscos estabelecidos em um contrato, portanto, identificam-se, de um lado, aqueles chamados de ‘riscos geradores de reequilíbrio’ e, de outro, ‘riscos de mera absorção’. Enquanto os primeiros são os que podem conduzir a um processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja em benefício do parceiro privado, seja do parceiro público, os segundos figuram como aqueles cujos efeitos devem ser administrados e suportados pela parte à qual são atribuídos” (MARTINS, Antônio Fernando da Fonseca; VIANA, Felipe Benedito. Alocação de

Nada obstante, convencionou-se que, na hipótese de inocorrência de cobrança decorrente de iniciativa da concessionária, mediante o reconhecimento administrativo ou judicial da ilegalidade da incidência do IPTU considerada no estudo em questão, haveria somente uma parcial recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em favor do estado de São Paulo<sup>27</sup>. Ou seja, nesse caso, permitiu-se que a concessionária se apropriasse de parte dos ganhos econômicos derivados do afastamento do impacto tributário previamente considerado na modelagem econômico-financeira, deixando-se de proceder ao integral reequilíbrio econômico-financeiro da avença em favor do poder concedente.

A previsão em questão se relaciona com uma visão moderna do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, distanciando-se de uma concepção tradicional predicativa da mera equivalência cartesiana entre o conjunto de obrigações e as formas de remuneração contratualmente previstas<sup>28</sup>, para fornecer um conjunto de incentivos pertinentes à ação de cada parte contratual<sup>29</sup>. Nessa toada, há inspiração pela teoria da agência, que, considerando a ação oportunística das partes contratuais, pressupõe a alocação eficiente de riscos e de incentivos no desenho do contrato<sup>30</sup>.

Com efeito, a regra em comento antevê o problema do “risco moral” (“moral hazard”) que existiria caso o afastamento da cobrança do IPTU por iniciativa administrativa ou judicial da concessionária, com integral reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em benefício do poder concedente, não lhe fornecesse nenhuma

---

riscos em contratos de parceria público-privada: a (expressiva) distância entre teoria e prática. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 51, p. 53-100, 2019, p. 65).

- 27 “19.4.2. Caso ocorra lançamento tributário de IPTU sobre áreas comerciais em sítios aeroportuários localizados em Municípios em que a cobrança do IPTU tenha sido considerada no EVTE, e a CONCESSIONÁRIA, por sua iniciativa, obtenha o reconhecimento judicial ou administrativo da ilegalidade da cobrança do IPTU, será devido reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, em favor do ESTADO DE SÃO PAULO, em valor correspondente a 50% do montante previsto no ANEXO 18” (AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, op. cit., p. 69).
- 28 GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, p. 146.
- 29 RIBEIRO, 2011, p. 78.
- 30 SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 109.

vantage<sup>31</sup>. Em tal hipótese, diante da ausência de incentivos para uma atuação proativa, é possível imaginar, de acordo com a teoria da agência, que a concessionária, a despeito de contar com melhores informações e capacidade de ação em face da proximidade da administração do ativo concedido, simplesmente não envidaria maiores esforços para combater a exação tida como ilegal, em prejuízo da eficiência econômica do projeto concessionário e de qualquer ganho ao poder concedente e aos usuários.

Nesse sentido, o contrato de concessão, ao compartilhar os benefícios econômicos de eventual exclusão administrativa ou judicial da incidência do IPTU com a concessionária, fornece-lhe os incentivos necessários para efetivamente pleiteá-la, endereçando o chamado “risco moral”. Trata-se de previsão que não representa propriamente disposição ou renúncia de interesses do poder concedente, uma vez que, se inexistente, provavelmente não seriam produzidos quaisquer ganhos econômicos apropriáveis com exclusividade pelo ente público. Em realidade, o regramento contratual otimiza o proveito obtível pelo poder concedente, estimulando a concessionária a militar em seu favor.

Para além dessa hipótese, o contrato de concessão também disciplinou a possibilidade de a cobrança do IPTU incidente sobre áreas comerciais se materializar em valores superiores ou inferiores aos inicialmente projetados. Neste caso, optou-se por atribuir à futura concessionária um “risco de mera absorção”, incumbindo-lhe de suportar, para mais ou para menos, tal variação, sem o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão<sup>32</sup>.

Essa hipótese não se confunde com a de alteração da legislação do IPTU pelas municipalidades competentes, que consubstancia risco do poder concedente, até mesmo por decorrência do disposto no art. 9º,

31 “Na presença de assimetria de informações surge a possibilidade de que não haja incentivo para que a parte detentora da informação privilegiada se comporte de modo eficiente. Essa ausência de incentivos dá origem ao chamado ‘moral hazard’ (‘risco moral’)” (FAGUNDES, Jorge. Assimetria de informação, risco moral e reputação: o caso Copesul. In: MATTOS, César (coord.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 233).

32 “19.4.3. O lançamento tributário de IPTU sobre áreas comerciais em algum dos sítios aeroportuários do COMPLEXO AEROPORTUÁRIO, em valores superiores ou inferiores aos previstos no EVTE, não importará em qualquer reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, sendo tal variação de risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA” (AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, op. cit., p. 69).

§ 3º, da Lei federal nº 8.987/1995. A seu turno, a regra contratual dispõe sobre eventual variação nos cálculos constantes do estudo de viabilidade técnica e econômica do projeto, especificamente no que tange ao imposto incidente sobre áreas comerciais dos complexos aeroportuários concedidos. Sob essa perspectiva, a oscilação da incidência tributária em relação ao inicialmente projetado equipara-se à variação dos custos de operação do projeto concessionário em geral, sendo lícita a transferência do risco em questão à concessionária, cujos acionistas devem avaliar a adequação da estimativa realizada pela Administração, especificando o risco de não confirmação dos cálculos então realizados<sup>33</sup>.

Para além disso, considerando que o IPTU, especialmente quando relativo a áreas comerciais, incide sobre a área efetivamente utilizada para a exploração de receitas acessórias, há natural variação, a maior ou menor, da incidência do tributo, a depender da forma de exploração dos ativos concedidos levada a efeito pela concessionária. Nesse sentido, tendo em vista que as estimativas constantes do estudo de viabilidade técnica e econômica do projeto consideraram determinada forma de exploração de receitas acessórias, com uma correspondente área de exploração objeto de tributação, optou-se por imputar à concessionária as variações, para mais ou para menos, em relação ao projetado, partindo-se da premissa de que eventual pagamento a menor a título de IPTU decorreria de uma menor área de exploração de receitas acessórias, sendo, portanto, contrabalanceado por uma igualmente menor arrecadação por parte da concessionária.

### **3.2. Tratamento contratual da incidência do IPTU sobre áreas não comerciais**

Diferentemente do que realizado em relação ao IPTU incidente sobre as áreas comerciais dos aeroportos integrantes do projeto de concessionário,

---

33 “[A]os interessados em participar da licitação [cabe] o ônus de levantar e estimar todos os tributos e encargos legais que, na data de apresentação da proposta, efetivamente impactem no contrato de concessão. Na medida em que os tributos ocupam significativa fatia dos custos do projeto, a proposta deve estimar os dados presentes e projetar sua incidência para todo o período contratual. Não o fazendo, caso a proposta permaneça exequível e o interessado seja declarado vencedor, ele assumirá os custos tributários (com a atenuação dos ganhos dos acionistas)” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 473).

o estudo de viabilidade técnica e econômica do empreendimento não contemplou a incidência do tributo sobre as áreas não comerciais dos complexos aeroportuários. Nesse particular, encampou-se, como premissa, o entendimento de que a exação seria indevida, exatamente em razão da vinculação direta desses espaços à prestação de serviços públicos, assim compreendidos em sua acepção tradicional.

Por não ter sido considerado no supracitado estudo, as interessadas no projeto concessionário foram dispensadas de contemplarem, em suas propostas, a incidência do IPTU sobre as áreas não comerciais dos aeroportos concedidos, tendo o estado de São Paulo assumido o risco de eventual cobrança efetivada pelas municipalidades competentes<sup>34</sup>. Trata-se de elemento que foi igualmente integrado à equação econômico-financeira do contrato de concessão, de modo que, sendo a concessionária obrigada ao recolhimento do imposto, torna-se devido o reequilíbrio econômico-financeiro da avença em seu favor, ante a oneração do projeto concessionário em valores superiores aos inicialmente projetados por força da materialização de risco assumido pelo poder concedente.

Há que se ressaltar, entretanto, que a caracterização do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão foi condicionada ao efetivo desembolso ou depósito em juízo de valores a título de recolhimento do IPTU, sendo, portanto, insuficiente o mero lançamento tributário dissociado do dispêndio de recursos pela concessionária<sup>35</sup>. Isso porque, uma vez ocor-

34 “19.2. Sem prejuízo de outros riscos expressamente assumidos pelo ESTADO DE SÃO PAULO em outras Cláusulas deste CONTRATO, o ESTADO DE SÃO PAULO assume os seguintes riscos relacionados à CONCESSÃO: [...] XVII. Criação e/ou extinção de tributos ou alterações na legislação ou na regulação tributárias, inclusive no que se refere ao IPTU sobre áreas comerciais, salvo aquelas pertinentes a impostos/contribuições sobre a renda, que tenham impacto direto nas receitas ou despesas da CONCESSIONÁRIA, relacionados especificamente com a execução do objeto deste CONTRATO, incluindo os tributos que tenham como fato gerador atividade executada por empresa subcontratada, quando tal atividade pudesse, em circunstâncias razoáveis de mercado, ser executada diretamente pela própria CONCESSIONÁRIA, observados os itens abaixo: [...] b. Na hipótese de autuação para recolhimento de IPTU sobre áreas não comerciais localizadas no sítio aeroportuário do COMPLEXO AEROPORTUÁRIO, o risco será assumido pelo ESTADO DE SÃO PAULO, observado o regramento da Cláusula 19.3 e a hipótese mencionada na Cláusula 6.4, inciso (v)” (AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, op. cit., p. 65-67).

35 “19.3. O efetivo desembolso, ou depósito em juízo, de valores a título de recolhimento de IPTU, lançado sobre áreas não comerciais integrantes do COMPLEXO AEROPORTUÁRIO, conforme a Cláusula 19.2, inciso (xvii), alínea (b), ensejará o reequilíbrio econômico-financeiro como forma de mitigação dos impactos econômico-financeiros sobre o CONTRATO, observado o disposto nas subcláusulas abaixo” (Ibidem, p. 68).

rido o lançamento tributário, remanesce viável a impugnação administrativa ou judicial da exação, sendo possível a obtenção de injunção voltada ao cancelamento ou à sustação da cobrança de modo a se resguardar a intangibilidade da equação econômico-financeira da avença.

Por esse motivo, como condição para o reequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária, exigiu-se a adoção das providências cabíveis para o reconhecimento da não incidência tributária ou para a suspensão da exigibilidade do imposto<sup>36</sup>, franqueando a intervenção do estado de São Paulo nos processos administrativos e judiciais eventualmente instaurados<sup>37</sup>. Dessarte, somente se malsucedidas essas empreitadas, admitiu-se o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em proveito da concessionária, sempre em atenção aos valores por ela efetivamente despendidos<sup>38</sup>, assegurada a possibilidade de reequilíbrio contratual em favor do poder concedente, em caso de revisão, suspensão ou anulação do ato que determinou o recolhimento do imposto, por parte de juízo superior<sup>39</sup>.

---

36 “19.3.2. A CONCESSIONÁRIA deverá demonstrar que tomou todas as providências a seu alcance, em âmbito administrativo e judicial, para ver declarada a não incidência, ou para suspender a exigibilidade do pagamento do IPTU, em razão de se tratar de área envolvida na prestação de serviço público, conforme tais ações sejam cabíveis à luz das leis e/ou orientações normativas, posicionamentos doutrinários, pareceres da advocacia pública ou precedentes judiciais vigentes” (Ibidem, p. 68).

37 “19.3.1. Uma vez comunicada do lançamento do imposto, a CONCESSIONÁRIA deverá informar o ESTADO DE SÃO PAULO e a ARTESP imediatamente, para que aquele, querendo, ingresse em procedimentos eventualmente instaurados, ou tome outras medidas cabíveis, de modo a evitar a cobrança do tributo ou suspender sua inexigibilidade” (Ibidem, p. 68).

38 “19.3.3. Se adotadas todas as providências previstas nas Cláusulas 19.3.1 e 19.3.2 e, a despeito dos melhores esforços das PARTES, vier a ser reconhecido o cabimento do recolhimento de qualquer valor a título de IPTU incidente sobre áreas não comerciais integrantes do COMPLEXO AEROPORTUÁRIO, a assunção do valor pelo ESTADO DE SÃO PAULO será realizada em atenção ao valor efetivamente dispendido pela CONCESSIONÁRIA para o pagamento do tributo, reajustado pela variação do IPCA, não incluindo quaisquer valores adicionais, ainda que relacionados aos atos praticados para a defesa da não incidência do tributo, em qualquer instância administrativa ou judicial” (Ibidem, p. 68).

39 “19.3.4. Caso haja, por parte de juízo superior, reconsideração, suspensão ou anulação de ato ou decisão que tenha determinado o recolhimento de IPTU, caberá recomposição de equilíbrio econômico-financeiro ao ESTADO DE SÃO PAULO, em montante idêntico ao valor que a CONCESSIONÁRIA tiver recuperado, observada a atualização monetária dos montantes envolvidos, e a correção dos valores pela taxa bruta de juros real de venda das Notas do Tesouro Nacional – Série B (NTN-B), ex-ante a dedução do Imposto de Renda, com vencimento compatível com a data do referido pagamento, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional, considerando a média das cotações disponíveis nos 12 (doze) meses anteriores à data do pagamento” (Ibidem, p. 68).

Nesse sentido, desde que atendidas as retromencionadas condições, convencionou-se que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em benefício da concessionária ocorreria mediante o depósito, pelo estado de São Paulo, dos valores por ela despendidos a título de recolhimento do IPTU, em conta bancária de sua titularidade e livre movimentação, no prazo de 30 (trinta) dias contados de comunicação quanto ao esgotamento das medidas voltadas ao reconhecimento da não incidência tributária ou à suspensão da exigibilidade do imposto<sup>40</sup>. Trata-se de modalidade de reequilíbrio contratual que, além do aspecto econômico, prestigia a dimensão financeira da concessão, assegurando o fluxo de recursos sem os quais não é possível a prestação adequada do serviço concedido<sup>41</sup>.

Finalmente, não obstante a previsão de reequilíbrio contratual em favor da concessionária, o contrato de concessão também estipulou a possibilidade de extinção antecipada da avença, por iniciativa do estado de São Paulo, na hipótese de que o impacto provocado pela cobrança do IPTU sobre áreas não comerciais dos complexos aeroportuários concedidos alcance determinado patamar contratualmente estabelecido<sup>42</sup>. Trata-se de cláusula de “way-out”, pela qual as partes convencionam previamente a realização do distrato em hipóteses sabidamente

40 “19.3.5. O pagamento dos montantes despendidos à título de recolhimento do IPTU, nos termos da Cláusula 19.3, deverá ser realizado pelo ESTADO DE SÃO PAULO em conta bancária de titularidade e livre movimentação da CONCESSIONÁRIA, no prazo de 30 (trinta) dias após comunicação da CONCESSIONÁRIA, após o esgotamento das medidas previstas na Cláusula 19.3.2” (*Ibidem*, p. 68).

41 MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 424.

42 “6.4. O CONTRATO poderá ser extinto antecipadamente quando da eventual ocorrência das seguintes hipóteses, observado o regramento estabelecido por este CONTRATO: [...] v. Por iniciativa do PODER CONCEDENTE, na hipótese de cobrança(s) de IPTU nas áreas não comerciais do COMPLEXO AEROPORTUÁRIO, cujo somatório do valor do impacto projetado até o término do PRAZO DA CONCESSÃO, trazido a valor presente pela taxa de desconto constante da Cláusula 22.5.3, ultrapasse: Para o Bloco Noroeste: R\$ 7.665.615,00 (sete milhões e seiscentos e sessenta e cinco mil e seiscentos e quinze reais) na data base de novembro de 2020; e/ou Para o Bloco Sudeste: R\$ 17.803.900,00 (dezessete milhões e oitocentos e três mil e novecentos reais) na data base de novembro de 2020” (AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, op. cit., p. 29-30).

inviabilizadoras do prosseguimento da avença, de modo a evitar que a discussão ocorra quando da sua superveniência, inibindo conflitos e impasses prejudicial a ambas<sup>43</sup>.

Alternativamente à extinção antecipada do contrato de concessão, estabeleceu-se, no entanto, a possibilidade de o estado de São Paulo optar por excluir do projeto concessionário o(s) aeroporto(s) em que haja a cobrança do IPTU pelas municipalidades competentes, com o correspondente reequilíbrio contratual<sup>44</sup>. Tal previsão prestigia o dever de proporcionalidade na invocação da cláusula de “way-out” pelo poder concedente, admitindo, quando viável, a continuidade da concessão.

#### 4. CONCLUSÃO

Consoante o apresentado ao longo deste trabalho, tem-se que a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 594.015/SP e do RE nº 601.720/RJ, independentemente do seu (des)acerto, não autoriza a conclusão de que é cabível a incidência do IPTU sobre ativos imobiliários inseridos em concessões promovidas pelos Estados-membros e outros entes federados.

Com efeito, as concessionárias de bens e serviços públicos não exercem posse com *animus domini*, não podendo integrar o polo passivo da obrigação tributária em questão. A concessão também não implica a transferência dos ativos imobiliários a ela pertinentes, que remanesce junto ao ente político titular do serviço ou bem concedido, assistido pela imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inc. VI, “a”, da Constituição da República de 1988, a afastar a incidência do IPTU.

---

43 REZENDE, Adriana Mazieiro; SILVA, Alessandra Obara Soares da; MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Way-out nos contratos de concessão: a experiência do estado de São Paulo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 89, p. 89-106, 2019, p. 99-100.

44 “6.4.2. Na hipótese prevista na Cláusula 6.4, inciso (v), caso a cobrança do IPTU sobre a área não comercial seja realizada apenas sobre um ou alguns dos AEROPORTOS integrantes do COMPLEXO AEROPORTUÁRIO, o PODER CONCEDENTE poderá optar pela exclusão da CONCESSÃO do(s) AEROPORTO(s) impactado(s) pela cobrança do IPTU, como alternativa à rescisão contratual, realizando-se o correspondente reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO” (AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, op. cit., p. 30).

Demais disso, a exploração econômica dos ativos objeto de concessão não se presta a alterar esse quadro, uma vez que permanecem funcionalizados para o atendimento de finalidade pública, sendo eventual impacto concorrencial relativizado em função da estrutura monopolística que, com frequência, acompanha a prestação dos serviços públicos. O fato de a atuação das concessionárias ser direcionada ao lucro, inclusive mediante a arrecadação de receitas acessórias, não exclui a vinculação do empreendimento a objetivos de interesse público, sendo a engenharia econômico-financeira subjacente aos projetos concessionários pertinentes à consecução desses fins em benefício da coletividade.

Nada obstante, tendo em vista que não se trata de matéria pacífica e que diversos municípios se viram estimulados, a partir dos julgados em questão, a promover a cobrança do IPTU sobre ativos imobiliários envolvidos em concessões, o planejamento prévio dos projetos concessionários, incluindo os correspondentes estudos de viabilidade econômica e financeira, deve considerar essa variável sempre que pertinente às características do objeto da contratação.

Impõe-se, portanto, que, nesses casos, o tema seja expressamente disciplinado nos contratos de concessão, sobretudo no que se refere à repartição de riscos entre as partes contratuais, que as deve fornecer estímulos adequados, e à composição da equação econômico-financeira do ajuste, estipulando-se, inclusive, eventuais hipóteses em que a superveniência da exação pode comprometer o próprio prosseguimento do empreendimento, ensejando sua extinção antecipada. Tal medida é imprescindível à estabilidade da relação contratual a ser entabulada e à tutela das expectativas e interesses de todos os envolvidos, evitando conflitos *ex post* relacionados à incidência do IPTU sobre os ativos concedidos, ainda que, dogmaticamente, esta seja discutível.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Contrato n. 0466/ARTESP/2022.** Concessão dos serviços públicos de ampliação, operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do Complexo Aeroportuário constituído pelos aeroportos integrantes do bloco sudeste. São Paulo: Secretaria de Logística e Transportes, 2022.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 jul. 2022.

BRASIL. **Código tributário nacional**. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 594.015/SP. Imunidade – Sociedade de economia mista arrendatária de bem da União – IPTU. Recorrente: Petróleo brasileiro S/A – Petrobras. Recorrido: Município de Santos. Relator: Ministro Marco Aurélio, 6 de abril de 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 25 ago. 2017a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 601.720/RJ. IPTU – Bem público – Cessão – Pessoa Jurídica de direito privado. Incide o imposto Predial e territorial urbano considerado bem público cedido a pessoa jurídica de direito privado, sendo esta a devedora. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Barrafor Veículos Ltda. Relator: Ministro Edson Fachin. Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio, 19 de abril de 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 5 set. 2017b.

COMITÊ DE PROCEDIMENTOS CONTÁBEIS. **Interpretação Técnica ICPC 01 (R1)**. Brasília, DF: CPC, 2013. Disponível em [http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/66\\_ICPC\\_01\\_R1\\_rev%2013.pdf](http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/66_ICPC_01_R1_rev%2013.pdf). Acesso em: 26 jun. 2019.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro. **RDPE**, Belo Horizonte, v. 14, n. 15, p. 197-224, 2006.

FAGUNDES, Jorge. Assimetria de informação, risco moral e reputação: o caso Copesul. In: MATTOS, César (coord.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003. v. 2, p. 223-242.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Código tributário nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação.** São Paulo: Malheiros, 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. O fato gerador do IPTU e a cobrança deste de ocupantes de imóveis públicos. **RFDT**, Belo Horizonte, ano 16, n. 91, p. 21-28, 2018.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos.** São Paulo: Verbatim, 2011.

MARTÍNEZ-VARGAS, Ivan. Com arrecadação estagnada, prefeitos cobram IPTU de aeroporto privatizado. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 4 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/11/prefeitos-cobram-ipu-de-aeroporto-privatizado.shtml>. Acesso em: 8 set. 2021.

MARTINS, Antônio Fernando da Fonseca; VIANA, Felipe Benedito. Alocação de riscos em contratos de parceria público-privada: a (expressiva) distância entre teoria e prática. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 51, p. 53-100, 2019.

MONTEIRO, Vera. **Concessão.** São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral).** São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). *In:* MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relíctação.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 421-442.

NÚCLEO DE GERENCIAMENTO DE PRECEDENTES. Julgamento do Tema 385 pelo STF. **Boletim Nugep**, Brasília, DF, v. 11, p. 1, 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

REZENDE, Adriana Mazieiro; SILVA, Alessandra Obara Soares da; MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Way-out nos contratos de concessão: a experiência do estado de São Paulo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 89, p. 89-106, 2019.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs:** melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. Receitas acessórias decorrentes de novos projetos imobiliários em concessões e PPPs. *In:* JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas:** reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 371-388.

SCAFF, Fernando Facury. Ainda há questões acerca da cobrança de IPTU sobre área concedida. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-25/justica-tributaria-ainda-questoes-acerca-cobranca-ipu-area-concedidas>. Acesso em: 30 set. 2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. *In:* ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia:** análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102-136.

# EQUACIONAMENTO DE PASSIVOS REGULATÓRIOS PELA VIA CONSENSUAL EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Francisco Acioli Garcia<sup>1</sup>

Luísa Nóbrega Passos<sup>2</sup>

Vitor Gomes Moreira<sup>3</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Consensualidade e Administração Pública; 2.1 – Visão tradicional: verticalidade como nota essencial do Direito Administrativo; 2.2 – Avanço da consensualidade no Direito Administrativo: razões de legitimidade e de eficiência; 3 – Contratos de concessão e passivos regulatórios; 4 – A consensualidade como meio possível de encerramento de passivos regulatórios; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo apresenta um estudo sobre passivos regulatórios em contratos de concessão pública e meios consensuais de sua resolução. A problemática é estudada, inicialmente, sob enfoque teórico, comparando-se a visão tradicional administrativa com paradigmas modernos do Direito Administrativo. Em seguida, é realizada a aplicação da teoria sobre os contratos de concessão, elencando-se as particularidades que tornam a cooperação atraente para ajustes de longo prazo. Finalmente, são analisados, sob perspectiva empírica, os entraves e requisitos para celebração de acordos em contratos de concessão.

---

<sup>1</sup> Procurador do estado de São Paulo.

<sup>2</sup> Procuradora do estado de São Paulo.

<sup>3</sup> Procurador do estado de São Paulo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração Pública. Consensualidade. Contratos de concessão. Passivos regulatórios.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tratar da celebração de acordos pela Administração Pública, no âmbito dos contratos de concessão de serviço público, com a finalidade de equacionar os passivos regulatórios existentes em tal relação jurídica. Para tanto, este trabalho será dividido em três partes distintas.

Na primeira parte, será abordado o recente avanço da consensualidade no Direito Administrativo, cujos institutos, historicamente, partem da premissa de que os vínculos entre o poder público e a Administração Pública devem necessariamente ser inspirados por uma lógica de verticalidade. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tal paradigma passa a ser questionado por motivos de legitimidade e eficiência, permitindo-se que instrumentos pautados em uma dinâmica consensual sejam usados nas hipóteses em que se demonstrem mais aptos a atingir resultados melhores e/ou mais transparentes.

Já na segunda parte, a relação entre o tempo e os ajustes é explorada com foco na mutabilidade. A análise parte da incompleteness inerente aos acordos, que se torna mais evidente em relações complexas. A naturalidade das mudanças no que toca aos contratos de concessão ganha atenção, sendo pontuada a necessidade de racionalização contratual das mutações e a constante ocorrência de eventos capazes de ensejar o reequilíbrio, abrindo espaço para existência de passivos regulatórios.

Por fim, na terceira parte, a consensualidade será analisada sob a perspectiva empírica. Serão apresentados os principais entraves – tanto do ponto de vista cultural quanto jurídico – à celebração de acordos pela Administração nos contratos de concessão. Em seguida, serão elencados os principais requisitos jurídicos para a celebração de acordos e as vantagens que eles podem trazer às concessões públicas, em especial no campo da eficiência.

## 2. CONSENSUALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1. Visão tradicional: verticalidade como nota essencial do Direito Administrativo

O Direito Administrativo foi concebido para disciplinar as relações jurídicas travadas entre o poder público e os particulares, visto que a participação estatal em tal relação exigiria um regramento especial. Como, em teoria, o Estado seria o principal responsável pela promoção do interesse público, dotado de uma suposta supremacia em relação a interesses privados, a criação e a interpretação dos institutos do Direito Administrativo foram pautadas na premissa da verticalidade: o poder público, com suas prerrogativas, estaria em posição superior à do administrado, que deveria se sujeitar aos seus comandos. Não é por acaso, aliás, que a imperatividade é listada como atributo típico do ato administrativo.

Sem negar a relevância dos meios que o poder público tradicionalmente emprega para exercer suas funções, fato é que tal visão do Direito Administrativo, como um Direito da exorbitância, de enorme desigualdade entre Estado e cidadão, nem sempre é a mais adequada para garantir a consecução do interesse público – cuja superioridade em abstrato há muito é questionada<sup>4</sup>.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, parte da doutrina passou a defender uma releitura do nosso Direito Administrativo, a fim de superar tal paradigma excessivamente vertical, centrado na figura da autoridade estatal e na coercitividade de seus atos. Até mesmo porque as práticas até então vigentes, baseadas na atuação unilateral do poder público, muitas vezes se mostravam insuficientes para concretizar os direitos fundamentais previstos na já mencionada Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, Gustavo Binenbojm cita a ocorrência de um giro democrático-constitucional e um giro pragmático no Direito Administrativo brasileiro. Os contornos e objetivos do giro democrático-constitucional são descritos da seguinte forma:

<sup>4</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171-215.

Modo geral, esse *giro democrático-constitucional* propulsiona mudanças direcionadas a: (i) incrementar o grau de *responsabilidade* dos administradores públicos às aspirações e demandas da sociedade, mediante adoção de procedimentos mais transparentes e participativos; (ii) respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais dos administrados, por meio de mecanismos que assegurem o devido processo legal e de políticas públicas a eles vinculadas; e (iii) submeter a atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados tanto em parâmetros jurídicos como em termos de resultados práticos.<sup>5</sup>

O giro pragmático, por sua vez, é traduzido da seguinte forma:

O giro pragmático revela, por seu turno, uma tendência à adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados. Ao pragmatismo interessa, sobretudo, a diferença, em termos práticos, da decisão por uma ou outra proposição. Dá-se, assim, uma ruptura parcial com a Administração Pública burocrática, de matriz *weberiana*, com ênfase no *antifundacionalismo*, no *contextualismo* e no *consequencialismo*, que são as características que permeiam a metodologia pragmatista.<sup>6</sup>

É possível identificar, nesses dois movimentos, maior preocupação com a legitimidade democrática e a eficiência da atuação do poder público, ainda que isso signifique o afastamento do dogma da verticalidade absoluta. Afinal, a depender das circunstâncias, a consensualidade poderá produzir resultados melhores, incrementar o grau de participação e transparência na atividade administrativa ou mesmo alcançar essas duas finalidades ao mesmo tempo.

Por evidente, não se defende a proibição da ação unilateral da Administração Pública, muito menos que seus atos tenham perdido a imperatividade que lhes é característica. Apenas se busca demonstrar que o poder público, quando necessário, pode se valer de instrumentos orientados por uma lógica mais horizontal a fim de promover, de maneira mais efetiva, o interesse público – noção a ser construída sob uma ótica dos direitos fundamentais, com a participação e sob a fiscalização da população.

5 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38.

6 Ibidem, p. 328.

A consensualidade, portanto, não visa substituir as formas tradicionais de ação do poder público, que ainda têm grande relevância para a consecução da atividade administrativa. A ideia, na verdade, é de acréscimo: trata-se de mais uma forma de atuação à disposição do gestor público para que, na linha do que preconizam os giros democrático-constitucional e pragmático, os melhores resultados sejam atingidos, da maneira mais transparente e com a maior participação social possível.

## **2.2. Avanço da consensualidade no Direito Administrativo: razões de legitimidade e de eficiência**

Tendo em vista que a integração dos instrumentos de natureza consensual ao arsenal da Administração Pública tem como objetivo justamente aumentar a eficiência e a legitimidade da sua atuação, é preciso investigar as razões pelas quais, em certos cenários específicos, a ação negociada é mais efetiva e democrática do que aquela imposta unilateralmente.

No que diz respeito aos ganhos de eficiência, nas hipóteses em que há prévia discussão e pactuação com membros da sociedade civil, é de se esperar que haja maior aceitação dos administrados às políticas públicas que derivem da solução negociada. Afinal, os próprios destinatários participaram do desenho da política a ser implementada pelo poder público, o que gera, como consequência lógica e natural, uma maior adesão à atividade administrativa. E maior adesão significa, em regra, melhores resultados.

Além disso, em um contexto de consensualidade, há menores chances de que a política a ser executada pelo poder público sofra questionamentos, tanto em sede administrativa como em sede judicial. Mais: os acordos podem ser uma forma até de prevenção ou encerramento de litígios entre os particulares e a Administração Pública, como será demonstrado detidamente mais adiante.

Assim, a consensualidade importa em mais segurança jurídica para as partes envolvidas – o que tem grande valor nos setores público e privado, pois essencial ao planejamento de ambos –, bem como contribui para a redução dos custos (financeiros e temporais) atrelados ao contencioso administrativo e judicial.

Também na linha de que a consensualidade consiste em um caminho relevante para que a Administração Pública aja de maneira mais eficiente, Alexandre Aragão faz as seguintes observações sobre este ponto:

É assim que a retroanalisada instrumentalização do Direito Administrativo às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial, consensualização, no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que a adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática [...].<sup>7</sup>

Já quanto aos ganhos de legitimidade, o próprio conceito de consensualidade na Administração Pública implica, necessariamente, em maior participação por parte dos administrados – o que envolve, também, as dimensões do controle e do acesso à atividade do poder público, em uma ideia mais ampla de transparência.

É sabido que a legitimidade democrática não decorre somente da eleição, por voto direto, secreto, universal e periódico, do chefe da Administração Pública de cada uma das esferas federativas. Também se mostra necessário que haja mecanismos de participação da população para que esta possa expressar diretamente sua opinião e, desse modo, influenciar na definição dos rumos a serem tomados por cada governo.

Assim, o emprego de instrumentos consensuais, ao aprofundar a participação dos interessados na formação da vontade administrativa, serve para que as decisões tomadas por determinado gestor público se conformem a uma acepção de democracia mais ampla, que engloba a participação do povo não só na definição dos governantes a cada quatro anos, mas também no próprio exercício do governo.

Esse aspecto, aliás, é bastante destacado pela doutrina especializada sobre o tema, conforme se extrai das lições de Patrícia Baptista:

O desenvolvimento da consensualidade, na verdade, encontra-se intimamente relacionado ao incremento da participação administrativa. A evolução quase que simultânea da participação administrativa e da ideia de consensualidade não é meramente causal. Ao contrário, são os canais de participação, sobretudo aqueles providos pela abertura procedural, que tornam possível a superação negociada dos conflitos de interesse. [...] Além disso, o consenso confere maior

---

<sup>7</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 284.

lastro à autoridade que nele busca seu fundamento, colaborando para a construção de uma nova legitimação da Administração Pública.<sup>8</sup>

Por evidente, os acordos a que ora se refere são aqueles de ordem republicana, firmados para o correto exercício das funções públicas e que atendam a interesses privados em conformidade com a lei. Para que não haja o desvirtuamento das ações de natureza consensual, é recomendável que toda a atividade administrativa anterior à celebração dos pactos seja devidamente processualizada, com a apresentação das razões, pelos órgãos técnicos competentes, que demonstrem as vantagens da adoção de tal solução negociada no caso concreto.

Portanto, desde que observados requisitos procedimentais para assegurar a moralidade e a impessoalidade no trato com a coisa pública, o uso de instrumentos consensuais tem grande potencial para melhorar qualitativamente a atuação do poder público, sob os prismas da eficiência e da legitimidade democrática. Daí porque tem recebido uma crescente atenção do legislador.

### **2.3. Reflexos no campo normativo**

O avanço do consensualismo no pensamento jurídico-administrativo brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988 acabou por refletir, também, na seara normativa, com a edição de atos legais e infralegais tratando expressamente da possibilidade de determinadas pessoas jurídicas firmarem acordos em diferentes situações.

É possível notar tal fenômeno no âmbito da atividade sancionatória do poder público, com o advento de diversos diplomas setoriais regulamentando os chamados acordos substitutivos de sanção. Em linhas gerais – até porque seus contornos exatos podem variar a depender de cada previsão normativa –, trata-se de instituto pelo qual, em vez de a Administração Pública penalizar o particular por certa conduta antijurídica, são pactuadas outras obrigações a serem adimplidas pelo (possível) violador, como forma de atender mais satisfatoriamente ao interesse público.

---

<sup>8</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 182-184.

Até a década de 1980, porém, a legislação brasileira não admitia a celebração de um acordo ou de um compromisso como alternativa legítima à imposição de uma sanção por parte da Administração Pública, conforme ensinam Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra. Ou seja, “a sanção decorrente do exercício legítimo de função administrativa não poderia estar sujeita à consensualidade entre Administração Pública e agente privado, tudo a bem do interesse público”<sup>9</sup>.

No entanto, conforme demonstra a mesma professora, tal figura dos acordos substitutivos de sanção ganhou força nos últimos tempos, com sua normatização no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)<sup>10</sup>, do Banco Central<sup>11</sup> e de diversas agências reguladoras<sup>12</sup>. Houve, assim, um incremento dos instrumentos à disposição do gestor, no campo da ação sancionatória administrativa, para melhor realizar o interesse público, sempre em conformidade com o Direito.

O fortalecimento dos meios consensuais, de todo modo, não parou por aí. Embora o exemplo dos acordos substitutivos de sanção ilustre bem a mudança de paradigma que se defende neste texto, ainda havia a necessidade de uma norma jurídica mais ampla, que pudesse abarcar a atividade administrativa como um todo, a autorizar e a regrar a celebração de acordos pela Administração Pública com particulares.

Tal lacuna foi finalmente preenchida com o advento da Lei nº 13.655/2018, que inclui, no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Entre essas disposições, consta um enunciado legal específico a respeito da atividade consensual da Administração Pública, qual seja, o art. 26 da LINDB, a ser analisado de maneira mais detida no quarto item deste artigo.

9 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 277, p. 135-169, 2018, p. 142.

10 Ver os artigos 85 e 86 da Lei nº 12.529/2011, que tratam, respectivamente, do termo de compromisso de cessação de prática sob investigação e do acordo de leniência no âmbito do Cade.

11 Ver os artigos 11 a 15 da Lei nº 13.506/2017, que tratam da celebração de Termo de Compromisso em processo administrativo sancionador no âmbito do Banco Central.

12 Vale mencionar, exemplificativamente, o art. 11, §§<sup>5º</sup> a <sup>8º</sup>, da Lei nº 6.385/1976 (CVM), com a redação conferida pela Lei nº 13.506/2017, a Resolução Anatel nº 629/2013 (RTAC), a Resolução ANTT nº 5.823/2018 e a Resolução Anac nº 472/2018.

Tal dispositivo, além de trazer requisitos para que acordos sejam firmados, traz um largo campo de incidência: a Administração Pública passa a contar com tal instrumento em qualquer situação em que haja possível “irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público”.

É importante destacar também, no âmbito do estado de São Paulo, a edição da Lei estadual nº 16.933/2019, que, em seu art. 18, *caput*, prevê que as “controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de parceria, após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias”.

O conceito de direitos patrimoniais disponíveis, de acordo com o art. 18, §4º, do mesmo diploma legislativo estadual, compreende “as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos”, “o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão”, “o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes” e as “divergências quanto à execução técnica de determinada obrigação contratualmente estabelecida”.

Como será demonstrado, essas novas regras legais acabam sendo de extrema importância no gerenciamento dos contratos de concessão de serviços públicos, dadas as características de tais avenças.

### **3. CONTRATOS DE CONCESSÃO E PASSIVOS REGULATÓRIOS**

#### **3.1. Contratos de concessão como ajustes de longa duração e a mutabilidade**

A relação jurídica contratual se constitui pela formalização de vontades exteriorizadas, naquele momento, de forma clara, precisa e determinada. Seu objeto é disciplinar as situações decorrentes desse ajuste. Contemporaneamente, verifica-se que essas situações existem antes mesmo da formalização, como as tratativas iniciais, e posteriormente à extinção do contrato, citando como exemplo as cláusulas de sigilo. A relação contratual é, portanto, dinâmica e contínua, havendo deveres e obrigações verificados nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Fixada essa premissa, a formalização do contrato é, em verdade, um dos muitos marcos verificados na vida da relação obrigacional. Por isso, por mais minuciosa que seja, ela é um ponto de partida. Com o passar do tempo, a dinamicidade inerente às relações e ao mundo em que estão inseridas exigirá adaptações, revelando, assim, a incompletude do ajuste.

Sobre o tema, a doutrina civilista alude à categoria dos contratos relacionais, que não é propriamente uma classificação de contratos, mas uma característica que enfatiza o propósito de adaptação nos ajustes de longo tempo. A respeito, Anderson Schreiber:

[...] é necessário que as partes se adaptem a mudanças de cenário e contexto, não se podendo solucionar os problemas que surgem no decorrer de seu desenvolvimento por meio de uma constante remissão ao acordo de vontades originário, como se as partes tivessem podido ali prever e antecipar tudo o que se pode verificar em sua prolongada relação. Não se trata tanto de uma categoria ou de uma nova classificação, mas de um conceito aberto que se destina a enfatizar a necessidade de uma abordagem que transcendia o mero acordo de vontades originário e que imponha deveres recíprocos de colaboração e readaptação no curso da jornada contratual.<sup>13</sup>

Apesar de o apontamento citado ter especial ligação com o Direito Civil e, em alguma medida, com o Direito Privado, é plenamente aplicável à seara administrativa. O contrato administrativo tem como gérmen o contrato privado, sendo adaptado à relação pública. Contudo, a principiologia e as premissas teóricas civilistas, quando compatíveis, devem ser aplicadas. Nesse sentido, dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.666/1993 e o artigo 89, *caput* da Lei nº 14.133/2021:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados,

---

<sup>13</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo* 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 444.

supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Em atenção à inerente cambialidade da sociedade, a LINDB foi expressa ao trazer regramento a ser observado quando tiver por julgamento a validade de algum ato, contrato, ajuste, norma ou processo, exigindo atenção ao que à época era a orientação:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Dessa forma, o próprio legislador reconhece a mudança como um evento certo a ser alcançado pelo transcurso do tempo em todo o ordenamento jurídico brasileiro. O fato de as relações contratuais serem, em verdade, uma obrigação dinâmica não constitui novidade, sobretudo na temática de concessões.

Em se tratando de parcerias público-privadas, a própria Lei nº 11.079/2004 previu longo prazo para o ajuste – entre cinco e 35 anos<sup>14</sup> –, o que permite afirmar que o contrato não pode e não deve ser pensado como disciplinador de mero acordo pontual, mas como norte regulador de uma relação de longo prazo.

A complexidade dos contratos de concessão é fator que marca profundamente a relação. A preocupação com o futuro é observada por

---

14 Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação.

Egon Bockmann Moreira, para quem, na tentativa de alinhar a realidade atual com a futura, antecipando eventos que provavelmente vão influenciar o transcurso da relação, deve-se dar maior peso ao futuro:

O contrato de concessão é significativamente mais complexo. Exige a injeção de vultosa quantia de recursos iniciais por parte do concessionário, pautada em projeções estatísticas para mais de uma década, considerando a realidade do mercado atual (se o particular atua em monopólio ou em concorrência; se a concorrência se dá em nível local, nacional, comunitário, global; o custo do dinheiro e a receita aferível, etc.). A concessão exige a convivência com a realidade atual e com a futura. Se fosse possível a comparação, eu ousaria dizer que neste contrato o futuro é mais importante do que o presente.<sup>15</sup>

A respeito, Flávio Amaral Garcia, em sua tese de doutorado<sup>16</sup>, discorre – através de uma lente de dimensão regulatória dos contratos de concessão – sobre a essencialidade da mutabilidade ao contrato, incentivando seu tratamento como ponto central da modelagem.

Entre outras justificativas para esse protagonismo, o autor defende a multilateralidade do contrato de concessão, que revela a ausência de limitação dos interesses presentes no ajuste aos interesses das partes contratantes. Afirma que, diante de múltiplos interesses em apreço, o contrato forma distintos vínculos jurídicos entre a pessoa jurídica de Direito Público e os particulares. Como exemplo, citam-se os usuários do serviço, que podem ou não realizar a expectativa de demanda prevista no contrato que envolva transporte público. Assim, se há interesses de terceiros que compõem a relação contratual, é de se concluir que esses terceiros irão igualmente influenciar a vida do contrato.

A grande preocupação decorrente da certeza das alterações da realidade repousa na disciplina das mudanças, havendo inúmeras afirmações sobre a mutabilidade em contratos públicos, que são

15 MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 101-117, jan.-mar. 2009.

16 GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/90629>. Acesso em: 6 out. 2021.

bem representadas pela célebre frase de Egon Bockmann Moreira: “a segurança advém da certeza de mudança”<sup>17</sup>.

Conforme o autor, a adaptabilidade é uma característica essencial para que possa haver justamente a relação contínua que se contrata:

Na atualidade, para ser estável e perene, é necessário ser mutável. A regulação normativa não tem o atributo de prever o futuro, nem tampouco de o submeter ao Direito. Por isso que a certeza da mudança é uma premissa da segurança. O que se torna ainda mais evidente no campo da regulação dos contratos públicos (sobretudo os de longo prazo, como as concessões e as parcerias público-privadas). No campo dos serviços públicos, a mutabilidade é a mais decisiva das Leis de Rolland, pois é ela que se presta a assegurar a igualdade e a continuidade.

O equilíbrio dos contratos de concessão é a parte do contrato que acompanha as alterações da relação de forma inseparável. Tanto o equilíbrio jurídico como o econômico são influenciáveis pelas diversas variantes contratuais. Uma vez firmado o ajuste, as cláusulas de equilíbrio são pensadas para garantir a manutenção das proporções de direitos e deveres originariamente pactuadas.

Nesse ponto, deve-se atentar, ainda, que o equilíbrio contratual guarda relação direta com a prestação adequada do serviço público e a eficiência administrativa, pressupostos norteadores que justificam a própria concessão. Sobre o tema, Floriano de Azevedo Marques Neto alerta que o equilíbrio permite a continuidade da prestação da utilidade pública:

O estudo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviços públicos assume uma relevância maior do que ocorre com os contratos do regime geral. Isto não por ser o equilíbrio figura menos importante nesta última espécie contratual, mas, sim, porque as características da concessão tornam a sua equação mais complexa. Além disso, a proteção ao equilíbrio é ainda mais salutar em termos de um contrato de longa duração e que envolve a prestação de utilidades públicas, cuja continuidade é elemento essencial.<sup>18</sup>

17 MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit.

18 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul.-set. 2014.

Existindo, portanto, a consciência da inevitável mudança, cabe àqueles que contratam pensarem mecanismos que possam guiá-los quando ocorrer, no mundo concreto, os eventos modificativos da relação. A proceduralização da mutabilidade, dentro da racionalidade humana, surge como elemento necessário à modelagem contratual, permitindo que, com a ocorrência do evento, os contratantes possam consensualmente se reorientar visando à continuidade do ajuste.

No ordenamento brasileiro, a forma de proceduralização da mutabilidade passa pelas cláusulas de reequilíbrio econômico-financeiro. Esse instituto foi previsto como forma de assegurar a manutenção do equilíbrio contratual. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

A concessão compartilha com os demais contratos administrativos a utilização da proposta como guia-mestre de todo o equilíbrio econômico-financeiro. Como de resto, também a proposta apresentada na concessão conforma sua equação, e sempre que esta equação for quebrada serão os dados e elementos da proposta que orientarão a forma de recompor a equivalência contratual.<sup>19</sup>

O intuito do reequilíbrio na concessão é assegurar a proporção originariamente pactuada, que pela própria natureza do ajuste – impregnado pela mutabilidade – será essencialmente dinâmica. Flávio Amaral Garcia elucida que:

O equilíbrio econômico-financeiro é, em certa medida, um consectário lógico da mutabilidade e, ao mesmo tempo, um parâmetro que a conforma. Não se pode cogitar uma mutabilidade que degenere as bases econômicas e financeiras instituídas na relação originalmente estabelecida, o que repudaria os princípios da segurança jurídica, boa-fé e do próprio senso de justiça contratualizado e formalizado pelas partes.<sup>20</sup>

Assim, tanto a mutabilidade como o reequilíbrio são eventos certos e frequentes na vida do contrato de concessão. Para o propósito deste artigo, a análise das alterações regulatórias assume especial atenção.

---

19 Ibidem.

20 GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit.

### **3.2. Natural ocorrência de desequilíbrios contratuais e de divergências entre as partes sobre aspectos contratuais: a existência de passivos regulatórios**

A regulação estatal busca compor os interesses econômicos estratégicos, as políticas públicas adotadas, as inovações tecnológicas e as demandas populares<sup>21</sup>, podendo ser exercida por meio das agências reguladoras.

Inserida no mundo contemporâneo, a regulação não está alheia às mudanças. Dessa forma, pode ser revelada maior necessidade de incorporação de serviços ou sua exclusão, adoção de dada tecnologia, alterações de indexadores tarifários, enfim, cenários inúmeros que se revelam apenas com o passar do tempo e que não são possíveis de serem previstos de forma certa e objetiva pelo regulador de antemão<sup>22</sup>.

Essa versatilidade repercute diretamente na atuação dos agentes regulados, afetando as balizas contratuais iniciais, implicando, muitas vezes, desequilíbrios. O procedimento do reequilíbrio nas concessões diferencia-se da forma de reequilibrar nos contratos administrativos simples. Conforme Floriano de Azevedo Marques Neto:

Nos contratos de concessão, o equilíbrio dificilmente é encontrado por uma análise de proposta/preço pago. Devem ser consideradas variáveis como volume de investimentos, fluxo de caixa projetado, variações cambiais, custo do capital próprio do acionista, dentre muitas outras.<sup>23</sup>

Os eventos modificativos são processados pelos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro previstos contratualmente e analisados à luz da matriz de riscos, concluindo-se pela necessidade ou não do reequilíbrio. Busca-se o retorno às condições anteriores ao evento, como se ele nunca houvesse existido.

Para que ocorra o reequilíbrio, não basta a ocorrência do evento. A partir dele, todo um processo é percorrido para verificação: (i) da necessidade real de recompor; (ii) de como recompor. Nas palavras de Floriano Marques Neto:

---

21 MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit.

22 Ibidem.

23 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. op. cit.

De início, após a verificação do evento danoso, a recomposição não é imediata. Antes, é preciso verificar, no bojo da alocação dos riscos da concessão, se o evento de desequilíbrio deve ser suportado por uma das partes, sem que dele advenha obrigação em recompor o contrato. Essa providência, própria das concessões, é estranha aos contratos comuns, que, conforme visto anteriormente, pressupõem uma alocação de riscos quase que exclusivamente à Administração. Deste modo, ocorrido o evento danoso, a recomposição se opera sem óbice. Nas concessões, ao contrário, antes de iniciar o procedimento de reequilíbrio, verifica-se a quem cabe suportar o risco relacionado à quebra da equação, bem assim o tratamento dispensado pelo contrato para esse risco. Somente com a confirmação de se tratar, realmente, de um risco cuja realização demanda o reequilíbrio é que irá se recompor a avença. Uma vez verificada alteração nas condições da proposta (o evento danoso), caberá à parte prejudicada provocar o procedimento de recomposição, instruindo-o com a comprovação do fato e com sua repercussão na equação econômico-financeira. [...] Em seguida — e aqui a concessão começa a se afastar do regime geral — é preciso verificar o tratamento conferido ao evento danoso pela estrutura de alocação de riscos do contrato. Sim, pois um determinado evento pode ter sido alocado pelo contrato à responsabilidade exclusiva de uma das partes, de modo que na hipótese da sua ocorrência, terá a parte que suportá-lo, sem direito à recomposição. Neste caso, o pressuposto é que o encargo do risco tenha sido previamente considerado pela parte responsável, que deverá, de início, considerá-lo no seu preço (no caso do concessionário) ou na definição dos parâmetros da concessão (no caso da Administração). Se, então, restar demonstrado que o evento de desequilíbrio deve ser mitigado em processo de recomposição, resta apurar o impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio. Aqui, o cerne da tarefa está, justamente, na verificação da formação do preço da concessão, a partir da pléiade de elementos e custos que integram a proposta apresentada e que afastam a consideração do equilíbrio da concessão das características do equilíbrio dos demais contratos administrativos.<sup>24</sup>

---

24 Ibidem.

Portanto, são possíveis diversas situações. A princípio, pode não haver concordância sequer quanto à ocorrência do evento ou a forma de sua ocorrência. Se concluído pela ocorrência do evento e sua forma, podem surgir divergências sobre quais parâmetros são capazes de concretizar o retorno à situação pré-evento, como deve ser calculado esse reequilíbrio, quais variáveis interferem.

Em certos casos, por mais que sejam adotadas medidas visando ao retorno da situação pré-evento, na prática isso não se verifica. Seja porque foi feito a menor, seja porque não se consegue implementar diante de um conflito com a política pública adotada, como ocorre, por exemplo, com a ausência de reajuste de tarifas, adotando-se uma política de menor oneração do usuário.

O acúmulo desses eventos decorrentes da regulação setorial não compensados ou compensados de forma não suficiente é denominado passivo regulatório.

## **4. A CONSENSUALIDADE COMO MEIO POSSÍVEL DE ENCERRAMENTO DE PASSIVOS REGULATÓRIOS**

### **4.1. Tratamento habitual dos passivos regulatórios: contencioso judicial e arbitral**

O tratamento do passivo regulatório integra a análise das divergências em concessões – e na Administração como um todo –, que culminam em ajuizamento de demandas judiciais e/ou arbitrais.

As razões para tanto são as mais diversas, porém é possível, de plano, elencar algumas das principais. São elas: (i) a postura combativa do Administrador; (ii) a rigidez da legislação pública brasileira, que desincentiva a adoção de soluções individualizadas para os conflitos, diante do risco de violação ao princípio da imparcialidade; e (iii) o receio de punição por órgãos de controle, que decorre diretamente do item anterior. Passamos a abordá-las de forma mais detida.

#### *4.1.1. A combatividade da Administração*

Tradicionalmente, a atuação pública foi contraposta aos interesses privados. É possível notar, nos autores mais clássicos, a ideia de

que a Administração deve atuar para limitar os interesses privados – que necessariamente seriam egoístas – e prestigiar os interesses públicos, que teriam índole coletiva. Isso decorre da própria noção de Regime Jurídico Administrativo, que envolve, de um lado, a exorbitância das atribuições do Poder Público – traduzido no conceito de “Supremacia do Interesse Público” – e, de outro, a Indisponibilidade do Interesse Público, que, somados, verticalizariam a relação público-privado.

A despeito das tentativas de modernização da Administração e inserção de mecanismos de consensualidade na atuação administrativa<sup>25</sup>, ainda é comum encontrar, dentro do Estado, gestores e servidores que enxergam as relações público-privadas de maneira adversarial.

Cita-se, como exemplo, a determinação unilateral, pelo município do Rio de Janeiro, da suspensão de cobrança de pedágios da Concessão da Linha Amarela, em razão da constatação de desequilíbrio favorável ao poder público, apurado por Grupo de Trabalho integrado somente por membros da municipalidade<sup>26</sup> e fundamentada no Princípio da Modicidade Tarifária.

Não é difícil enxergar que, nos casos como o apresentado, dificilmente a medida determinada pelo poder público passará incontestada pelo particular atingido. Isso, no entanto, não tem capacidade de influir decisivamente na atuação do gestor, pois, em virtude da morosidade dos procedimentos, o administrador, à época da reversão da medida combatida, pode não ser aquele que determinou a prática do ato questionado.

#### *4.1.2. A rigidez da legislação pública brasileira*

Mas não apenas no âmbito do Poder Executivo é pervasiva a ideia de supremacia do interesse público sobre o particular. A legislação brasileira também contribui significativamente para essa cultura. O ordenamento

25 Por todos, ver OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan. 2009.

26 Vide Decreto Municipal nº 44.802/2018.

jurídico é repleto de formalismos que limitam a atuação do administrador e transformam, em muitas vezes, a discricionariedade em vinculação.

Além da já citada Indisponibilidade do Interesse Público, destaca-se, como entrave à atuação consensual da Administração, a aplicação do Princípio da Legalidade, pelo qual só é dado ao poder público agir quando houver autorização legal. Em alguns casos, a necessidade de chancela prévia do Legislativo para implementar soluções na seara pública é suficiente para suplantar uma ideia inovadora. A morosidade do processo legislativo, por sua vez, torna difícil a implementação tempestiva de medidas quando há necessidade de lei autorizadora.

Outra regra de atuação muito utilizada como norte legislativo é a Impessoalidade. A vedação de concessão de vantagens pessoais pela Administração é muitas vezes utilizada para legislar de forma extremamente geral e ao mesmo tempo restritiva, impedindo-se a adaptação das soluções fornecidas pela lei ao caso concreto.

A dificuldade do legislador de interpretar tais vetores contribui para o engessamento da legislação brasileira, pois torna-se mais fácil seguir uma linha já traçada – no caso, a verticalização das relações público-privadas – do que seguir novos caminhos.

#### *4.1.3. O receio de punição*

Finalmente, e relacionado aos fatores anteriormente elencados, o receio dos gestores de punição pelos órgãos de controle contribui para o engessamento da atuação administrativa.

Acordos envolvem, por sua própria natureza, concessões mútuas. São também, muitas vezes, inovadores. Ocorre que, nas últimas décadas, os órgãos de controle (principalmente os Tribunais de Contas) têm expandido cada vez mais sua atuação, seja por questões históricas – a corrupção nacional –, seja por questões políticas – a expansão do controle garante aos órgãos maior relevância, impedindo sua estagnação, de acordo com André Rosilho<sup>27</sup>. E essa atuação, muitas vezes, é baseada em princípios altamente abstratos, o que torna a atuação

---

<sup>27</sup> ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União. [S. l.]: Quartier Latin, 2019.

do gestor muito insegura, notadamente quando ela desvia dos caminhos já traçados e chancelados pelos controladores.

Não se trata, aqui, de casos em que haja flagrante intuito fraudatório por parte do gestor. Ocorre que, em áreas muito complexas – como é o caso das concessões –, é extremamente difícil prever, com exatidão, os efeitos de determinada medida. É só apresentar os prognósticos da Administração Pública acompanhados da motivação respectiva, mas isso não assegura a aprovação das contas do gestor.

Tal cenário de insegurança acaba por gerar incentivos para que o administrador decida de forma defensiva e conservadora a fim de evitar possível responsabilização pelos órgãos de controle. Isso desestimula a celebração de acordos na esfera pública, principalmente em questões extremamente singulares, que demandam soluções individualizadas.

#### *4.1.4. Os problemas gerados pela litigiosidade*

Antes de adentrar o próximo tópico, é preciso trazer, ainda que de forma breve, os principais problemas que surgem da litigiosidade em contratos de concessão e que tornam, ao menos em tese, a adoção de acordos altamente atrativa para a Administração.

O primeiro deles diz respeito à *expertise* do Judiciário. Na medida em que Judiciário deve apreciar as questões a ele submetidas, a litigância sobre questões altamente complexas expõe as partes ao risco de o julgador não compreender bem a controvérsia e, por isso, tomar decisão inadequada.

É comum que os magistrados adotem como razão de decidir as conclusões da perícia técnica, mas essa também possui o problema de ser elaborada por terceiro que dificilmente domina todas as áreas do saber aplicadas em um contrato de concessão.

Esse problema é menos acentuado na arbitragem, pois o número reduzido de processos e os altos valores comumente envolvidos permitem tanto aos julgadores quanto às partes estudarem melhor a causa, mas, por outro lado, a previsão de instância única amplifica a nocividade dos erros, que não podem ser debatidos por interposição de recursos.

O segundo problema é a vagarosidade dos procedimentos contenciosos. O andamento dos processos pode levar anos, o que pode reduzir

significativamente a efetividade de uma solução que, caso aplicada em tempo razoável, seria capaz de solucionar o problema.

Tal problema é reforçado pelo fato de um grande número de concessionárias consistirem em Sociedades de Propósito Específico (SPE) criadas justamente para a prestação do serviço delegado. Com o término do prazo do contrato de concessão, a mesma concessionária estará extinta ou em processo de liquidação, nos termos dos artigos 208 e seguintes da Lei Federal nº 6.404/1976, e, em muitos casos, o tempo do litígio supera o do contrato.

Nesse contexto, torna-se ainda mais difícil a recuperação de eventuais créditos devidos ao Poder Concedente pela concessionária. Afinal, na liquidação desta, será necessário reservar um valor ainda em discussão pelas partes. Mesmo que isso seja feito, sobrevindo provimento definitivo favorável ao poder público, só o ativo restante da antiga concessionária, em regra, suportará tal passivo – ativo este que tende a ser limitado, já que não há mais perspectiva de receita com a concessão e, geralmente, parte relevante dos bens privados empregados na consecução do serviço público é irreversível.

Assim, a demora dos processos judiciais pode levar à inefetividade da decisão favorável ao Poder Concedente, tendo em vista os obstáculos práticos à execução do provimento jurisdicional em questão.

Por fim, o custo de litigar é alto, tanto temporal quanto financeiramente, seja na seara judicial, seja na arbitral (na primeira, o custo temporal é mais alto que o financeiro, enquanto na segunda ocorre o contrário).

Todos esses itens tornam atraente a celebração de acordos extrajudiciais, pois, nestes, as partes – e não terceiros – figuram como protagonistas.

#### **4.2. Acordos como alternativa para a equalização de passivos regulatórios**

##### *4.2.1. Requisitos para a celebração*

Pautada pela legalidade, a Administração precisa preencher alguns requisitos antes de celebrar acordos Administrativos. Entre eles,

destacam-se aqueles previstos no art. 26 da (LINDB), já mencionado anteriormente. Há outros requisitos, como aqueles constantes da edição de atos administrativos – competência, objeto, finalidade, forma e motivo –, mas, por serem mais genéricos, não serão abordados neste texto.

Aqui, um parêntese. Muito se discutiu na doutrina acerca da natureza jurídica dos acordos administrativos. Essa discussão possuía relevância na medida em que a identificação da natureza jurídica de um instituto permitiria enxergar o regime jurídico aplicável. Contudo, a partir do momento em que o art. 26 da LINDB regulamenta a matéria, trazendo os requisitos para celebração de acordos, a controvérsia perde sua utilidade, segundo os professores Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma<sup>28</sup>.

Também se deve destacar que art. 26 da LINDB regulamenta de forma suficiente a matéria, tornando desnecessária a edição de legislação local para que a Administração possa celebrar acordos. Contudo o dispositivo não exaure a matéria, de modo que cada ente, no exercício de sua competência, pode complementar a regulamentação geral.

A autorização legal para celebração de acordos pela Administração Pública pode ser encontrada no art. 26 da LINDB. O dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º *O compromisso referido no caput deste artigo:*

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

---

28 GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 135–169, 2018.

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

O artigo, inserido no ordenamento pela Lei nº 13.655/2018, permite a celebração de compromissos para solucionar situações contenciosas na aplicação do Direito Público. Tratando-se as concessões de matéria pública por excelência, é plenamente possível a realização de acordos para sanar passivos regulatórios em concessões.

Outro ponto que se destaca na redação do dispositivo é a exigência da oitiva do órgão da Advocacia Pública. Trata-se, aqui, de parecer obrigatório, mas que não vincula o administrador público, que poderá dele discordar, devendo o fazer de forma fundamentada<sup>29</sup>.

O artigo ainda exige que estejam presentes razões de relevante interesse geral. Em termos mais cotidianos, o dispositivo exige que o gestor demonstre que o acordo cumpre o interesse público. Mas é preciso combinar a leitura do *caput* com o § 1º do dispositivo, que diz que a Administração deverá buscar solução proporcional e equânime. É da natureza de acordos concessões mútuas, de modo que não se pode invalidar um acordo com base na indisponibilidade do interesse público simplesmente porque a Administração abriu mão de verbas ao celebrar o acordo, por exemplo. É preciso ter em mente que o interesse público não se concretiza simplesmente por questões financeiras e que a segurança jurídica trazida por acordos pode muitas vezes acarretar maior economia do que a continuidade de litígios. As razões de interesse geral, portanto, podem ser das mais variadas: técnicas, jurídicas, econômicas etc., devendo o controlador, salvo em casos de dolo ou culpa gravíssima, chancelar as escolhas do gestor.

Um dos possíveis meios de fundamentar a adequação da solução consensual é a comparação entre (i) o cenário resultante da celebração do

29 GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 135-169, 2018.

acordo e (ii) o cenário que vigerá caso o mesmo acordo não seja firmado, com a demonstração de que o primeiro seria mais favorável ao interesse público – sempre tendo em mente, conforme exposto no parágrafo acima, que o referido conceito não se limita a aspectos de ordem financeira.

O inciso III do § 1º do dispositivo impede que a Administração, por meio de acordo, renuncie a suas prerrogativas públicas. Não é possível, por exemplo, que por meio de acordo seja a concessionária rodoviária isentada do dever de manter as rodovias em bom estado.

O inciso IV busca garantir segurança jurídica aos acordos ao prever a necessidade de clareza nas obrigações fixadas, nos prazos para seu cumprimento e sanções aplicáveis em caso de inadimplência.

Finalmente, o *caput* do dispositivo prevê, não como obrigação, mas como faculdade do gestor, a realização de consultas públicas quando conveniente.

#### *4.2.2. Benefícios na celebração de acordos em contratos de concessão*

Além de evitar os problemas gerados pela litigiosidade, a especial mutabilidade dos contratos de concessão – vista no terceiro item deste artigo –, faz com que as vantagens da consensualidade – vistas no primeiro item deste artigo – se tornem ainda mais relevantes.

Com efeito, em um relacionamento de longo prazo, em que os padrões são as mudanças e as ocorrências de desequilíbrios contratuais, a possibilidade de eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do Direito Público de maneira mais eficiente e transparente é de suma importância.

Afinal, uma solução mais célere para os passivos regulatórios que surgem ao longo da execução contratual permite que as partes tenham conhecimento da situação real em que o contrato se encontra e adotem as medidas necessárias para que o mesmo se reequilibre. Daí advém previsibilidade tanto para o poder público como para o parceiro privado – o que tem uma importância ímpar para ambos.

Em relação ao poder público, a eliminação ou redução de passivos regulatórios viabiliza que órgãos competentes planejem a prestação do serviço

público subjacente, inclusive com a modelagem de uma nova licitação ou da retomada do serviço para substituição da concessionária. Afinal, com a equalização de tal passivo, há uma ideia mais precisa até mesmo da data de término da delegação já operada, visto que uma forma de reequilibrar contratos de concessão é por meio da prorrogação de seu prazo de vigência.

O parceiro privado, por sua vez, também passa a ter uma segurança maior dos seus custos e da sua receita futura – o tempo em que ainda permanecerá gerindo a concessão é fundamental nesse aspecto. A possibilidade de estimar, de maneira mais acurada, seu fluxo de caixa futuro gera, por evidente, mais conforto para investidores e financiadores, com todos os desdobramentos positivos decorrentes deste fato para o parceiro privado.

Há, portanto, benefícios mútuos nos casos em que, diante das circunstâncias concretas, é tecnicamente viável alcançar um acordo – a vantajosidade deve ser bem demonstrada pela Administração Pública na instrução do processo –, razão pela qual a consensualidade deve ser integrada ao arsenal jurídico do Estado na administração dos seus contratos de concessão.

É nesse sentido, aliás, que a já mencionada Lei estadual nº 16.933/19, em seu art. 18, *caput* e § 4º, confere amparo normativo expresso para que matérias afetas ao equacionamento do passivo regulatório de um contrato de concessão (*v.g.* questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos) sejam resolvidas por meio de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, o que abrange o próprio acordo direto entre as partes – instrumento de consensualidade por excelência.

## 5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, defendemos que a consensualidade é de suma relevância para a solução de problemas relacionados ao Direito Público – o que é corroborado pela nova redação da LINDB –, em especial no âmbito dos contratos de concessão, marcado por sua complexidade e longa duração.

Para tanto, não basta sua previsão normativa, mas também o estímulo a uma cultura de consensualidade. Conforme se viu,

tal movimento, embora ainda encontre resistência pelos órgãos de controle ou mesmo dentro de entidades reguladoras, vem ganhando espaço no Direito Administrativo brasileiro, tanto na dogmática quanto no campo normativo, mostrando-se muitas vezes mais atrativo que o apego à interminável cultura litigiosa.

Assim, mostra-se imperioso que o tema continue a ser objeto de estudos e de reflexão, bem como que haja constantes incentivos para o uso, pelo gestor público, de instrumentos consensuais – não como forma de substituição às demais formas de atuação, vale repetir, mas como mais um mecanismo à disposição do administrador para oferecer um serviço público eficiente e, consequentemente, alcançar o interesse público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171-215.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERNANDES NETO, Fernando. *Aplicação da metodologia do fluxo de caixa marginal para as concessões paulistas*. São Paulo, [s. n.], [2018?]. Disponível em <https://sbdp.org.br/publication/aplicacao-da-metodologia-do-fluxo-de-caixa-marginal-para-as-concessoes-paulistas/>. Acesso em: 6 out. 2021.

GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/90629>. Acesso em: 6 out. 2021.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 277, p. 135-169, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul.-set. 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 101-117, jan.-mar. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan. 2009.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União*. [S. l.]: Quartier Latin, 2019.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo Do Medo*. Nova ed. [s. l.]: Revista dos Tribunais, 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*<sup>2</sup>. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

# PRORROGAÇÃO ORDINÁRIA DE CONTRATOS SUBMETIDOS À REGULAÇÃO DISCRICIONÁRIA: IMPLICAÇÕES DO MODELO DE REGULAÇÃO SOBRE A PRORROGAÇÃO CONTRATUAL

Guilherme Cavalcanti<sup>1</sup>

Leonardo Cocchieri Leite Chaves<sup>2</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; I – Primeira parte: pressupostos conceituais e sistemática setorial; 2 – Regulação de serviços públicos e seus escopos; 3 – Regulação discricionária e regulação contratual; 4 – Breves apontamentos sobre a regulação nos setores de saneamentos básico e distribuição de gás canalizado no estado de São Paulo; II – Segunda parte: prorrogação dos contratos de parceria; 5 – Espécies de prorrogações dos contratos de parceria; III – Terceira parte: inter-relação entre os modelos de regulação e o instituto da prorrogação contratual; 6 – Consequências

---

1 Procurador do estado de São Paulo. Graduado em Relações Internacionais (2008) e Direito (2013) pela Universidade de São Paulo (USP).

2 Procurador do estado de São Paulo em exercício na Procuradoria de Brasília. Graduado pela Universidade de Brasília (UnB).

\* Os autores agradecem pelas contribuições de Thiago Mesquita Nunes, Procurador do Estado de São Paulo, coordenador do Núcleo de Estudos de Concessões e PPPs da Procuradoria-Geral de São Paulo (PGE-SP) e organizador desta obra, e de Jefferson Leão de Meirelles, Superintendente de Regulação e Análise Econômico-Financeira e de Mercados da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arsesp).

e efeitos dos modelos de regulação sobre a prorrogação contratual; 7 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** Os diferentes modelos de regulação – discricionária e contratual – possuem pressupostos, características e efeitos próprios. A adoção de um ou outro modelo pelo poder concedente gera consequências variadas quanto a aspectos jurídicos e econômicos no âmbito do setor regulado. Neste artigo, são analisadas as implicações da adoção de um ou outro modelo regulatório quanto às espécies de prorrogações contratuais: prorrogação ordinária, extraordinária e mediante contrapartida. Objetiva-se demonstrar que há uma indissociabilidade entre as premissas regulatórias e a prorrogação contratual, de modo que cada modelo regulatório viabiliza – ou *inviaibiliza* – uma ou outra espécie de prorrogação. Especificamente nos setores em que se adota a regulação discricionária, objeto principal de análise, conclui-se que somente há racionalidade econômico-financeira na prorrogação ordinária, sendo incompatíveis com esse modelo regulatório as prorrogações extraordinárias e mediante contrapartida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato administrativo. Concessão. Regulação. Regulação discricionária. Regulação contratual. Prorrogação. Prorrogação ordinária. Prorrogação extraordinária. Prorrogação mediante contrapartida. Lei estadual nº 16.933/2019. Lei federal nº 13.448/2017.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Os diferentes modelos de regulação – discricionária e contratual – possuem pressupostos, características e efeitos próprios. A escolha de um ou outro modelo regulatório pelo Poder Concedente gera consequências variadas em relação a diversos aspectos jurídicos e econômicos no âmbito do setor regulado.

Neste artigo, são analisadas as consequências de adoção de cada um desses modelos de regulação no tocante à prorrogação contratual. O objetivo é responder se as diferenças nas premissas regulatórias entre

os modelos também refletem em lógicas distintas de aplicação da prorrogação contratual. A análise volta-se de modo mais detido aos setores que adotam regulação discricionária.

Especificamente em relação ao tema das prorrogações, houve significativas alterações legislativas recentes, tanto no âmbito federal (Lei Federal nº 13.448/2017) quanto no âmbito estadual (Lei Estadual nº 16.933/2019). O artigo também aborda as características desses diplomas normativos, bem como as diferenças entre eles.

O trabalho está dividido em três partes. Na primeira (itens de 2 a 4), são apresentados pressupostos conceituais e elementos de aproximação da regulação adotada nos setores de gás natural e saneamento básico no estado de São Paulo. Na segunda (item 5), são endereçadas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a prorrogação contratual. Na última (itens 6 e 7), são discutidas as inter-relações entre os modelos de regulação e o instituto da prorrogação contratual, com a finalidade de delinear a lógica e a finalidade da prorrogação contratual em cada um desses modelos.

## **I. PRIMEIRA PARTE: PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS E SISTEMÁTICA SETORIAL**

### **2. REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SEUS ESCOPOS**

A regulação de serviços públicos compreende um complexo de atividades estatais destinadas, essencialmente, à proteção do interesse público no ambiente regulado. São diversos os escopos atribuídos à função regulatória, dentre os quais podem ser destacados: (i) corrigir (ou mitigar) falhas de mercado e assimetrias informacionais em monopólios naturais, visando assegurar a modicidade tarifária e a qualidade do serviço prestado; (ii) promover investimentos no setor, de modo a alcançar resultados socialmente desejáveis, como a universalização e a atualidade dos serviços; (iii) manutenção do equilíbrio intrassistêmico, notadamente a solidez econômico-financeira da concessão; (iv) estabilização de expectativas e cumprimento das cláusulas contratuais; (v) garantir a capacidade de financiamento do projeto de acordo com as condições e possibilidades de mercado.

A legislação brasileira incorporou essas finalidades da atividade regulatória nas concessões de serviço público no conceito de serviço adequado, como aquele “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia [...] e modicidade das tarifas”<sup>3</sup>.

É inegável a relevância dos critérios de adequação dos serviços públicos estabelecidos em lei. Todavia, são critérios amplos e indeterminados, que carecem de maior densidade normativa ao serem utilizados como parâmetros de avaliação da prestação de serviços públicos. Ao se considerar a grande diversidade e complexidade dos serviços a cargo do Estado, não há como estabelecer padrões abstratos para aferir sua real adequação ou qualidade. Em cada setor regulado, devem ser concebidos *standards* próprios para esses fins, tendo em vista as peculiaridades setoriais, tanto em relação à estrutura e dinâmica do serviço, quanto à conjuntura socioeconômica que as envolve. Nesse campo, há diversas questões de interesse público a cargo da disciplina regulatória, como bem identifica Flávio Amaral Garcia:

questões como a estrutura tarifária, metas de qualidade, indicadores de desempenho, compromissos de investimentos, partilhas de riscos entre as partes, mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, universalização do serviço, método de alocação de custos, sistema de monitoramento e avaliação e resultados a serem atingidos são algumas das escolhas regulatórias que serão determinantes para a aferição da eficiência do operador econômico na consecução do interesse público.<sup>4</sup>

Nessa perspectiva, a escolha do modelo regulatório configura fator essencial na definição dos parâmetros específicos de adequação do serviço a serem adotados em cada setor, sobretudo no que tange à sistemática de precificação das tarifas e à política de investimentos. A depender do

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 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, art. 6º, § 1º.

<sup>4</sup> GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 136.

modelo adotado, se contratual ou discricionário, a lógica para se buscar os mesmos escopos regulatórios será distinta. Embora em ambos se busque a modicidade tarifária e o aporte de investimentos necessários à prestação socialmente satisfatória dos serviços, a forma de estruturação da política regulatória se faz com base em premissas próprias.

### **3. REGULAÇÃO DISCRICIONÁRIA E REGULAÇÃO CONTRATUAL**

Os modelos de regulação discricionária e contratual são construídos sobre premissas estruturais e metodológicas próprias, que se distinguem essencialmente quanto ao modo de estabelecimento de preços ótimos de remuneração dos serviços regulados (tarifas).

**3.1. A abordagem regulatória discricionária** é estruturada com base nos custos do agente econômico regulado (*cost-based*), visando atingir padrões de custo eficientes que poderiam ser alcançados em mercados competitivos. O principal instrumento regulatório desse modelo é a revisão tarifária periódica (RTP), por meio da qual, a cada ciclo periodicamente definido, é realizada a análise dos custos do agente econômico regulado para fins de estipulação das tarifas a serem adotadas em um novo ciclo.

Nesse contexto, a regulação discricionária é caracterizada por flexibilidade nas escolhas do regulador em relação às revisões tarifárias, gerando um amplo espaço para a construção da política regulatória a partir das características e necessidades próprias do setor (volume e momento dos investimentos, distribuição do encargo remuneratório entre as diversas classes de usuários etc.) e de dados concernentes ao agente regulado. Em específico, a definição do valor da tarifa (e suas respectivas revisões) é realizada com base nos custos do agente regulado, sendo função precípua da regulação, nesse caso, conferir racionalidade econômica a essa base de custos.

Em artigo paradigmático sobre o tema, Fernando Tavares Camacho e Bruno da Costa Lucas Rodrigues frisam o ambiente de flexibilidade em que se desenvolve o modelo de regulação discricionária:

Como os preços definidos na RTP devem acompanhar a dinâmica do setor, as metodologias que compõem a RTP devem ser discricionárias e flexíveis o bastante para refletir mudanças nos custos dos insumos, alterações na demanda, avanços tecnológicos e aperfeiçoamentos na

qualidade do serviço. Esse mecanismo permite então a introdução de melhorias e maior flexibilidade para lidar com incertezas, possibilitando a adaptação do modelo regulatório a novas circunstâncias.<sup>5</sup>

Ainda segundo os autores, há dois arranjos predominantes no âmbito do modelo de regulação discricionária: *custo de serviço* e *preço-teto*. A regulação por *custo de serviço* é estabelecida tão somente por meio da fixação de valor tarifário que seja capaz de cobrir os custos efetivos do agente regulado (perspectiva *ex post*). Em regra, não há periodicidade fixa para a revisão tarifária, sendo possível ao agente regulado requerê-la a qualquer tempo. Considerando-se a estruturação desse arranjo, não há grandes estímulos à eficiência na prestação dos serviços, haja vista que para todo gasto efetuado haverá contrapartida tarifária.

De outro lado, a regulação por *preço-teto* é realizada pela estimativa dos custos do agente regulado na prestação dos serviços ao longo de todo o ciclo tarifário futuro. A tarifa é fixada de acordo com tais custos estimados (perspectiva *ex ante*), com a aplicação de um deflator tarifário, nominado Fator X, cujo objetivo é o compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários<sup>6</sup>. Nesse arranjo, a revisão tarifária é promovida em ciclos periódicos, normalmente de cinco em cinco anos. Assim, há na regulação por preço-teto maiores *incentivos* à eficiência ao agente regulado, uma vez que, definida a tarifa no início do ciclo tarifário, qualquer redução de custos ao longo do ciclo, além daquela já estimada e contemplada no Fator X, será apropriada como excedente remuneratório da concessionária no mesmo período.

Na regulação discricionária, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é atualizado constantemente, a cada ciclo tarifário, com revisão dos custos operacionais e de investimentos da concessão, “sem que se discuta propriamente se uma variação de custo ou de receita é risco

5 CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado? *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 41, p. 285-287, 2014, p. 261-262.

6 PRADO, Lucas Navarro; GAMELL, Denis Austin. Regulação econômica de infraestrutura e equilíbrio econômico-financeiro: reflexos do modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio a ser adotado. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 252.

dessa ou daquela parte contratante da concessão”, como afirmam Lucas Navarro Prado e Denis Austin Gamell<sup>7</sup>.

Os autores sintetizam a sistemática de definição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos submetidos à regulação discricionária nos seguintes termos:

A regulação discricionária define os preços praticados pela firma com base na cobertura dos custos envolvidos na atividade e na manutenção de uma taxa de retorno sobre o capital investido. É de extrema importância a definição da base de ativos, da taxa de retorno, assim como dos custos operacionais e demais custos e despesas envolvidos para fins de fixação da receita requerida. São de baixa ou nenhuma relevância nesse modelo, portanto, discussões sobre alocação de riscos.<sup>8</sup>

Sobre a definição da *base de remuneração regulatória dos ativos* do concessionário (aspecto que, como se verá à frente, possui especial repercussão na viabilidade das espécies de prorrogação contratual), releva destacar as considerações tecidas em nota técnica pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Arsesp):

O regulador deve utilizar mecanismos para estimular eficiência nos investimentos realizados pela empresa regulada de forma que a base de remuneração reflita o nível de investimentos efetivamente necessários para a prestação do serviço regulado com os níveis de qualidade exigidos. Assim, é imprescindível que o modelo para determinação da base de remuneração para fins de revisão tarifária inclua métodos que permitam a comparação dos conjuntos de ativos entre concessionárias, com o propósito de estimular eficiência nos investimentos realizados e evitar distorções na base de remuneração. A aferição e/ou análise comparativa dos resultados obtidos poderá determinar a necessidade de ajustes/expurgas nos resultados obtidos pela avaliação patrimonial a valor de mercado.<sup>9</sup>

7 Ibidem, p. 259.

8 Ibidem, p. 269.

9 AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Nota técnica para consulta pública nº 02/2010. Metodologia e critérios para determinação da base de remuneração regulatória dos ativos dos serviços de saneamento básico prestados pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp*. São Paulo: Arsesp, 2010. Disponível em: [http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/Nota\\_Tecnica-final.pdf](http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/Nota_Tecnica-final.pdf). Acesso em: 3 dez. 2021, p. 15 – Primeira revisão tarifária Sabesp.

Vale ainda trazer outras ponderações feitas pelo corpo técnico da Arsesp a respeito da base de ativos:

A atualização do valor dos ativos utilizados na prestação dos serviços é de fundamental importância para revisão tarifária por ser, juntamente com as Despesas Operacionais ou Despesas de Exploração, um componente significativo na apuração dos custos referentes à sua remuneração e depreciação. A remuneração dos ativos utilizados na prestação dos serviços é calculada pelo Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC) ou WACC (Weighted Average Cost of Capital), e a depreciação de acordo com a vida útil dos respectivos equipamentos, constituindo-se dois componentes significativos do custo total no cálculo tarifário.<sup>10</sup>

Portanto, num ambiente de regulação discricionária, a base de remuneração regulatória compreende o conjunto de ativos empregados na prestação do serviço sobre o qual será determinado o retorno sobre o capital investido pelo concessionário. Desse modo, a adequada delimitação dessa base remuneratória influí diretamente na formação da tarifa a ser adotada em cada ciclo tarifário, de modo que deve ser feita de acordo com padrões de eficiência e em conformidade com os objetivos da política regulatória para o setor. Qualquer discrepância na avaliação (super ou subavaliação) da base de remuneração regulatória pode gerar problemas setoriais, como a oneração desnecessária dos usuários ou desequilíbrios econômico-financeiros na prestação do serviço.

**3.2.** A *abordagem regulatória contratual*, por sua vez, tem como cerne a assunção prévia de compromissos em relação ao patamar tarifário e às condições de prestação do serviço (padrões de qualidade, política de investimentos etc.). No momento em que o contrato é firmado, são estabelecidos, *ex ante* e para todo o período de vigência contratual, o preço pelo serviço, os investimentos obrigatórios, o nível de qualidade a ser atendido, a alocação de riscos entre o público e o privado e as regras para o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato<sup>11</sup>.

---

10 AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nota técnica final NTF 0071/2016. Metodologia e critérios para 2<sup>a</sup> Revisão Tarifária Ordinária (RTO) da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. São Paulo: Arsesp, 2016. Disponível em: [http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NOTA\\_TECNICA\\_FINAL\\_NTF-%200071-2016.pdf](http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NOTA_TECNICA_FINAL_NTF-%200071-2016.pdf). Acesso em: 3 dez. 2021, p. 2 – Segunda revisão tarifária ordinária da Sabesp.

11 CAMACHO; RODRIGUES, op. cit., p. 270.

Assim, ao passo que a regulação discricionária se ampara em maior flexibilidade nas escolhas do regulador, a regulação contratual é caracterizada pela consolidação no instrumento contratual dos aspectos regulatórios centrais à prestação dos serviços, reduzindo em grande medida a discricionariedade e o poder de decisão do regulador na conformação dos parâmetros a serem observados pelo agente regulado ao longo da relação contratual.

No modelo da regulação por contrato, busca o Poder Público, por intermédio da competição promovida pelo processo de licitação, obter um resultado econômico-financeiro ótimo em situação de mercado e parâmetros de prestação do serviço que atendam aos interesses da coletividade, numa perspectiva *pro futuro* e de longo prazo.

Não obstante, em que pese a previsão contratual das escolhas regulatórias que pautarão a prestação dos serviços pelo contratado, não há como afastar o papel do regulador na integração e acompanhamento (verificador e propositivo) do contrato. Com efeito, os contratos de serviços públicos são, normalmente, de longa vigência (prazos superiores a duas décadas) e, em sua estrutura e dinâmica de execução, extremamente complexos. Nesse contexto, é imprescindível a atuação do regulador para manter hígidas as condições contratuais pactuadas, inclusive adaptando-as às circunstâncias supervenientes em atenção à disciplina contratual relativa à sua alteração ao longo do tempo, e assegurar que o objeto contratual esteja em consonância com o interesse da coletividade destinatária dos serviços.

Todavia, apesar das possíveis vicissitudes ao longo da relação contratual a reclamar as devidas adequações regulatórias, não há dúvidas de que num modelo de regulação contratual a própria lógica de estabelecimento de tarifas *pro futuro*, com base essencialmente na proposta formulada na licitação, restringe a atuação do regulador, sobretudo no que tange ao modo de fixação da tarifa e à política de investimentos estabelecidos no momento inicial da relação contratual.

Assim, numa perspectiva regulatória contratual, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é definido a partir da repartição dos riscos entre as partes ao momento do leilão. O equilíbrio contratual, nesse contexto, está vinculado à manutenção, sob a ótica jurídica, da relação

entre encargos e vantagens contratuais, independentemente dos custos efetivamente incorridos na atividade, razão pela qual a regulação contratual é também chamada de regulação *non cost-based*<sup>12</sup>.

Em razão dessas características do modelo regulatório, editais recentes buscam disciplinar de modo detalhado se, e de que forma, os custos da concessionária, projetados na licitação em seu plano de negócios ou efetivamente incorridos, devem, em alguma medida, gerar qualquer influência sobre a regulação contratual.

A solução, pelo menos no âmbito do estado de São Paulo e da União Federal, foi pela recusa do plano de negócios elaborado pela concessionária para fins de representação do equilíbrio do contrato, de modo a afastar qualquer risco de uso de custos projetados para qualquer finalidade, utilizando-se o estudo de viabilidade técnica e econômica (EVTE) para tanto.

Por fim, ainda é importante dizer que, nessa espécie regulatória, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão de inclusão de novos investimentos dá-se, atualmente, ainda no âmbito do nosso estado e da União<sup>13</sup>, por meio da metodologia do fluxo de caixa marginal, com a utilização do custo médio ponderado do capital do momento da inclusão do investimento, e não pela taxa interna de retorno fixada no momento do leilão<sup>14</sup>. Esse ponto será relevante nas discussões que traremos no tópico 6 deste artigo.

#### **4. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A REGULAÇÃO NOS SETORES DE SANEAMENTO BÁSICO E DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO NO ESTADO DE SÃO PAULO**

**4.1.** Traçadas as principais características dos modelos de regulação, bem como as diferenças essenciais entre eles, passa-se a examinar as

---

12 PRADO; GAMELL, op. cit., p. 260.

13 Lucas Navarro Prado e Denis Austin Gamell listam as normas que estabelecem essa metodologia: no âmbito do estado de São Paulo: Resolução Artesp nº 01/2013; no âmbito da União: Resolução nº 3.651/2011 da Agência Nacional de Transportes Terrestres; Resolução nº 355/2015 da Agência Nacional de Aviação Civil; e Resolução nº 3.220/2014 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Ibidem).

14 Ibidem, p. 267-268.

peculiaridades dos setores de saneamento básico e de distribuição de gás natural que justificam a adoção do modelo regulatório discricionário.

Os serviços que compõem os setores de saneamento básico e de distribuição de gás canalizado possuem uma série de características comuns que permitem a aproximação de seus respectivos regimes regulatórios.

Do ponto de vista do histórico desses setores, no Brasil, esses serviços se concentraram, inicialmente, em um modelo de gestão por companhias estaduais.

Em relação ao setor de saneamento básico, outorgou-se, num primeiro momento, não só a prestação dos serviços às companhias estaduais, mas também a própria conformação de políticas regulatórias setoriais. Embora tenha prevalecido a orientação de que os serviços que integram esse setor sejam, como regra, de titularidade dos municípios em razão da preponderância do interesse local, a consolidação do modelo instituído pelo Plano Nacional de Saneamento (Planasa) – lançado pelo regime militar no início da década de 1970 – fortaleceu a atuação das companhias estaduais no setor<sup>15</sup>.

A mesma situação se observa em relação ao setor de distribuição de gás natural. As competências concernentes à exploração dos serviços de gás canalizado foram atribuídas pelo próprio Constituinte aos estados, conforme previsão do art. 25, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Essa escolha constitucional consolidou um arranjo político-institucional em que, enquanto a União detinha o monopólio da produção do gás natural (art. 177, inc. I, da Constituição Federal) e competência para administrar os serviços de transporte, compete exclusivamente aos estados administrar os serviços de distribuição do insumo. A partir desse arranjo, floresceram no país as companhias estaduais especificamente criadas para a exploração desse serviço, muito porque a redação original do art. 25, § 2º, da Constituição da República definia que a concessão do serviço de gás canalizado só poderia se dar a *empresa estatal*, situação que só foi alterada pela Emenda Constitucional nº 5/1995.

---

<sup>15</sup> CARVALHO, Vinicius Marques de. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Coleção direito econômico e desenvolvimento, v. 1, p. 111-114.

**4.2.** Nesse ponto, cumpre avançar pouco mais no resgate histórico do desenvolvimento das companhias estaduais criadas para a exploração econômica dos serviços de saneamento básico e de gás canalizado no estado de São Paulo.

Sob a denominação de Companhia Paulista de Serviços de Gás, a Comgás surgiu, em 1959, do processo de nacionalização da empresa privada que então prestava o serviço de fornecimento de gás, a São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited. Inicialmente municipal, a companhia passou a ser estadual em 1984, ano em que a Companhia Energética de São Paulo (Cesp) assumiu o seu controle acionário<sup>16-17</sup>.

Em fevereiro de 1985, ainda num contexto em que havia pouca clareza quanto a qual ente competia a titularidade do serviço público de fornecimento de gás canalizado, o município de São Paulo, por meio do Decreto Municipal nº 20.653, reconheceu ser o estado de São Paulo o titular para sua prestação.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 afastou todas as dúvidas sobre a titularidade do serviço de distribuição de gás canalizado. O art. 25, § 2º, da Carta Política inovou<sup>18</sup> ao definir, em sua redação original, caber aos estados “explorar diretamente, ou mediante concessão, a *empresa estatal*, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado”.

A restrição da concessão dos serviços a *empresas estatais*, contida na redação original da Constituição Federal de 1988, foi suprimida com a promulgação da Emenda Constitucional nº 5/1995, que teve como objetivo abrir o setor para a iniciativa privada<sup>19</sup>, o que, de fato, veio a se concretizar nos anos seguintes.

Num primeiro momento, no ano de 1996, o capital social da Comgás foi aberto. Em 1999, a companhia foi privatizada, conforme autorização

<sup>16</sup> BARBOSA, Alessandra Andrade França *et al.* O gás como energético no estado de São Paulo – gás natural: breve história do energético no mundo e sua aplicação em São Paulo. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2006.

<sup>17</sup> O sítio eletrônico do portal de relacionamento com o investidor da Comgás está disponível em: <https://ri.comgas.com.br/a-companhia/historico>. Acesso em: 03 dez. 2021.

<sup>18</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 25, § 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 760.

<sup>19</sup> Ibidem.

do Decreto Estadual nº 43.888, de 10 de março de 1999, em procedimento que, simultaneamente à sua privatização mediante alienação de ações em leilão na Bovespa, outorgou-lhe concessão para exploração, pelo prazo de 30 anos, dos serviços de distribuição de gás canalizado no estado de São Paulo, em área que compreende os municípios que atualmente integram as regiões administrativas da Grande São Paulo, São José dos Campos, Santos e Campinas, abrangendo 177 municípios<sup>20</sup>.

A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), por sua vez, é uma sociedade de economia mista estadual criada em 1973. Sua gênese foi fruto dos incentivos gerados pelo Planasa, lançado em 1971. O Plano instituiu um modelo de condicionamento de repasse de recursos federais à criação de Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs). Esse modelo veio a consagrar um movimento de progressiva assunção pelos estados dos esforços na implementação de serviços de fornecimento de água e de esgotamento sanitário. No estado de São Paulo, o movimento em questão se deu progressivamente, com a criação do Departamento de Águas e Esgotos, em 1954; da Companhia Metropolitana de Água de São Paulo (Comasp); da Companhia Metropolitana de Saneamento de São Paulo (Sanesp) e do Fomento Estadual de Saneamento Básico (Fesb), entre 1968 e 1970<sup>21</sup>. A criação da Sabesp, posteriormente, consolidou a concentração de competências relativas a esses serviços de saneamento básico no âmbito estadual.

A partir de junho de 1997, a Sabesp passou por um processo progressivo de alienação de seu capital social. Naquela data, ocorreu seu debute na Bolsa de Valores de São Paulo, com alienação de 4% do seu capital social; atualmente, o percentual de ações da Sabesp negociadas livremente no mercado encontra-se em 49,7% de seu capital social, em regime *free float*, reduzindo a participação do estado para 50,3%<sup>22-23</sup>.

- 
- 20 Informações disponíveis em: <https://ri.comgas.com.br/a-companhia/historico>. Acesso em: 3 dez. 2021.
- 21 MASSARA, Vanessa Meloni. Breve relato sobre a expansão da coleta e tratamento de esgotos – São Paulo, Brasil (1900-2000). *História Unicap*, Recife, v. 4, n. 8, p. 174-187, 2017.
- 22 VIANA, Camila Rocha Cunha. *Impactos da abertura de capital de empresas estatais na prestação de serviços públicos de saneamento básico: um estudo de caso da Sabesp*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Economia de São Paulo, São Paulo, 2020.
- 23 Ver também: <https://ri.sabesp.com.br/a-companhia/distribuicao-do-capital-social>. Acesso em: 3 dez. 2021.

4.3. Para além dos aspectos referentes à construção histórico-institucional dos setores em questão, há também entre eles semelhanças sob a perspectiva estrutural. Os serviços de saneamento básico e de distribuição de gás natural são prestados por meio de redes e distribuição (e coleta) dos seus respectivos insumos. Trata-se das denominadas indústrias de redes, que estão associadas a: (i) infraestruturas economicamente inviáveis de serem replicadas (monopólios naturais); (ii) economias de escala e escopo; e (iii) altos investimentos, que dificultam a saída do mercado (*sunk costs*), entre outros. Ambos os setores também estão, em maior ou menor grau, em processos de expansão das redes<sup>24</sup>, o que exige investimentos expressivos e constantes por parte do prestador do serviço.

Diante desse quadro, ao se considerar esse contexto setorial em relação aos serviços de saneamento básico e distribuição de gás natural, é possível verificar a existência de estruturas e peculiaridades que possibilitam seu regramento por políticas regulatórias semelhantes, inclusive no que concerne ao modelo de regulação a ser adotado.

O modelo de regulação discricionária tem se revelado o mais adequado nos setores de saneamento básico e de distribuição de gás natural, no país, em razão de características setoriais específicas que envolvem: (i) a elevada imprevisibilidade dos investimentos necessários para a expansão das redes, por se tratar de setores que ainda carecem de ampliação ou aperfeiçoamento de infraestrutura; (ii) políticas setoriais que têm como meta a universalização dos serviços; (iii) a constante necessidade de aperfeiçoamento de tecnologias na prestação dos serviços, inviabilizando o estabelecimento antecipado da natureza e do volume dos investimentos que deverão ser aportados pelo concessionário ao longo da concessão, sobretudo em seu período final; e (iv) variações relevantes nos distintos perfis dos usuários (tanto por questões sociais, com variação tarifária para usuários com menor capacidade de pagamento, quanto, especialmente, por questão de políticas de desenvolvimento econômico,

---

24 No caso do setor de saneamento básico, a Lei Federal nº 14.026/2020 determinou expressamente a incorporação de metas contratuais de universalização dos serviços até 31 de dezembro de 2033.

que podem demandar alocações distintas do encargo tarifário entre setores industriais e residenciais, por exemplo).

No estado de São Paulo, os serviços que integram esses dois setores são regulados pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Artesp), nos moldes da Lei Complementar Estadual nº 1.025/2007<sup>25</sup>.

As competências regulatórias atribuídas à Artesp pela norma estadual, contudo, são genéricas, tais como “cumprir e fazer cumprir a legislação, os convênios e contratos; [...] fixar critérios, indicadores, fórmulas, padrões e parâmetros de qualidade dos serviços e de desempenho dos prestadores”<sup>26</sup>, de modo que o modelo de regulação e as respec-

---

25 Importante salientar que a Lei Federal nº 14.026/2020 trouxe novidades no setor de saneamento básico no que se refere à agência reguladora do serviço. A nova lei alterou o artigo 23 da Lei Federal nº 11.445/2007, cuja redação, pelo menos em tese, coloca em xeque o monopólio da Artesp na regulação do setor de saneamento no estado de São Paulo: “§1º A regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora, e o ato de delegação explicitará a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. § 1º-A. Nos casos em que o titular optar por aderir a uma agência reguladora em outro Estado da Federação, deverá ser considerada a relação de agências reguladoras de que trata o art. 4º-B da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, e essa opção só poderá ocorrer nos casos em que: I – não exista no Estado do titular agência reguladora constituída que tenha aderido às normas de referência da ANA; II – seja dada prioridade, entre as agências reguladoras qualificadas, àquela mais próxima à localidade do titular; e III – haja anuência da agência reguladora escolhida, que poderá cobrar uma taxa de regulação diferenciada, de acordo com a distância de seu Estado. § 1º-B. Selecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços, ela não poderá ser alterada até o encerramento contratual, salvo se deixar de adotar as normas de referência da ANA ou se estabelecido de acordo com o prestador de serviços” (BRASIL. Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1-8, 16 jul. 2020, p. 5).

Importante salientar que a regra de que os titulares do serviço poderão escolher o ente regulador foi reforçada, no âmbito do Estado, pela promulgação da Lei Estadual nº 17.383, de 5 de julho de 2021, que dispõe em seu artigo 8º que “A entidade responsável pela regulação e fiscalização dos serviços será definida pelos titulares dos serviços de que trata esta lei, por meio de deliberação específica tomada no âmbito da estrutura de governança interfederativa da respectiva URAE” (SÃO PAULO. Lei n. 17.383, de 5 de julho de 2021. Dispõe sobre a criação de unidades regionais de saneamento básico. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1, 6 jul. 2021, p. 1).

26 SÃO PAULO. Lei complementar n. 1.025, de 7 de dezembro de 2007. Transforma a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE e, Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, dispõe sobre os serviços públicos de saneamento básico e de gás canalizado no Estado, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1, 8 dez. 2007, art. 7º, inc. IV e V.

tivas metodologias para a fixação de tarifas nos setores de distribuição de gás natural e serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto no estado de São Paulo são definidos, de fato, no âmbito dos próprios contratos de concessão.

Ao se examinar os contratos firmados entre o estado de São Paulo, como Poder Concedente, e a Comgás e a Sabesp, como concessionárias, verifica-se a adoção expressa do *modelo de regulação discricionária*. No ponto, é preciso esclarecer que, embora a delegação dos serviços tenha sido formalizada pela via contratual, as próprias disposições contratuais preveem revisões tarifárias periódicas, em ciclos tarifários, a serem definidas com base nos custos do prestador do serviço. Assim, conforme exposto anteriormente, não há dúvidas de que a incorporação contratual desse modelo de formação de tarifa vincula-se essencialmente ao modelo de regulação discricionária.

Em específico, o contrato firmado entre o estado de São Paulo e a Comgás estabelece expressamente a metodologia de tarifas tetos em cada um dos segmentos de distribuição de gás natural (Cláusula 11.1). As tarifas são revistas periodicamente em ciclos tarifários de cinco anos (Cláusula 11.5), devendo a metodologia de fixação do valor tarifário “permitir à CONCESSIONÁRIA a obtenção de receitas suficientes para cobrir os custos adequados de operação, manutenção, impostos, exceto os impostos sobre a renda, encargos e depreciação, relacionados com a prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado, bem como uma rentabilidade razoável”<sup>27</sup> (Cláusula 13.1).

Disciplina semelhante foi adotada no contrato pactuado entre o estado de São Paulo, o município de São Paulo e a Sabesp<sup>28</sup>. O modelo de regulação discricionária é compreendido pelas cláusulas 48, 49, 51 e 52 do contrato, que explicitam a existência de ciclos tarifários, com previsão *ex ante* dos custos e receitas projetadas para o próximo

27 SÃO PAULO. Contrato de concessão n. CSPE/01/99 para exploração de serviços públicos de distribuição de gás canalizado. São Paulo: Comissão de Serviços Públicos de Energia, 1999, p. 25.

28 O contrato que disciplina a prestação dos serviços de esgotamento e de fornecimento de água na capital paulista tem como fundamento político-institucional convênio firmado entre o estado de São Paulo e o município de São Paulo, com interveniência e anuência da Sabesp e da Arsesp.

ciclo, com duração de quatro anos. Na cláusula 48 está previsto que a receita tarifária para o próximo ciclo deve ser suficiente para cobrir os tributos e demais encargos, como os relativos a seguros e transferência para fundos municipais de caráter obrigatório; custos e despesas relativos à administração, operação e manutenção dos serviços; os novos investimentos do cronograma para o próximo ciclo; a remuneração dos ativos líquidos em operação existentes na data de cada revisão; e a remuneração do capital próprio e de terceiros pelo custo médio ponderado de capital da Sabesp, calculado pela Arsesp.

Expostas as peculiaridades e diferenças existentes entre os modelos de regulação (discricionária e contratual) e analisadas as disposições contratuais que incorporam o modelo de regulação discricionária nas concessões dos serviços de saneamento básico e de distribuição de gás natural do estado de São Paulo, passa-se ao exame do instituto das prorrogações de contratos de parceria e as suas (in)compatibilidades com a lógica que permeia cada um dos modelos de regulação apresentados.

## **II. SEGUNDA PARTE: PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIA**

### **5. ESPÉCIES DE PRORROGAÇÕES DOS CONTRATOS DE PARCERIA**

**5.1.** Embora o instituto da prorrogação de contratos seja há muito previsto na ordem jurídica brasileira<sup>29</sup>, recentes novidades legislativas elevaram a complexidade do tema. Referimo-nos à Lei Federal nº 13.448/2017 e à Lei Estadual nº 16.933/2019, que introduziram no

29 Rafael Véras de Freitas faz interessante resgate histórico sobre o tema, informando que desde o Decreto nº 4.536/1922, que trata do Código da Contabilidade Pública da União, havia previsão da possibilidade de prorrogação dos contratos. Não seria surpreendente que um estudo mais aprofundado de arqueologia legal demonstrasse menção ainda mais antiga ao instituto (FREITAS, Rafael Véras de. As prorrogações e a rellicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e rellicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 634.).

sistema normativo novas hipóteses de prorrogação contratual e que serão objeto de atenção nesta seção.

Até a edição desses marcos legais, embora houvesse previsões constitucional (art. 175, inc. I, CF)<sup>30</sup> e legal para a prorrogação contratual, a disciplina da matéria no âmbito normativo ou era lacunosa e remetia ao contrato a regulamentação – Leis Federais nº 8.987/1995<sup>31</sup> e nº 11.079/2004<sup>32</sup> – ou era setorial – Leis Federais nº 9.472/1997 (telecomunicações), nº 9.478/1997 (petróleo e gás), nº 12.815/2013 (portos) e nº 9.427/1996 e nº 12.783/2013 (energia elétrica).

A Lei Federal nº 13.448/2017, embora ainda seja uma lei de abrangência reduzida, por se aplicar somente a setores restritos da Administração Federal (rodovias, ferrovias e aeroportos), traz uma maior sistematização da matéria do que as leis federais antecessoras. A Lei Estadual nº 16.933/2019, por seu turno, inspira-se na lei federal de 2017, sobretudo no que se refere às nomenclaturas e aos institutos, mas o faz de maneira própria e, por vezes, bastante distinta, como se verá à frente.

**5.2.** Tendo em vista a até então incipiente conceituação legal do instituto e a setorização de sua disciplina, que tomou muitas vezes contornos casuísticos, o tratamento da matéria antes do advento da Lei Federal nº 13.448/2017 e da Lei Estadual nº 16.933/2019 era eminentemente doutrinário. A maior parte dos autores especialistas

30 “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua *prorrogação*, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 jul. 2022, art. 175, inc. I, grifo nosso).

31 “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: XII – às condições para prorrogação do contrato” (BRASIL, 1995, art. 23).

32 “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação” (BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004, art. 5º).

em contratos administrativos classificava a prorrogação em ordinária e extraordinária<sup>33-34</sup>.

Muito brevemente, *prorrogação ordinária* é aquela em que seus requisitos e efeitos já estão estabelecidos no pacto original; trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, fundada em juízo de oportunidade e conveniência – e evidentemente à luz do interesse público –, de prorrogar um contrato que se encontra a termo e equilibrado<sup>35</sup>.

Situação diversa se verifica em relação à *prorrogação extraordinária*, que não parte de uma faculdade da Administração, mas decorre de um *dever* do Poder Concedente de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato<sup>36</sup>. Ao ocorrer algum evento de desequilíbrio contratual, uma das medidas possíveis para equacioná-lo é justamente a extensão do prazo para fins de reequilíbrio de sua equação econômico-financeira. O que a praxe tem mostrado é que essa é uma técnica bastante utilizada na regulação por contrato, uma vez que não impõe ônus nem ao usuário, tendo em vista a manutenção do valor da tarifa, nem à Administração e, por conseguinte, ao cidadão não usuário do serviço concedido<sup>37</sup>.

33 A divisão classificatória entre prorrogações ordinária e extraordinária não é unânime na doutrina. Embora nos pareça ser a nomenclatura mais corrente entre os especialistas – e, portanto, será aqui empregada –, é preciso registrar diferenciação adotada por Floriano de Azevedo Marques Neto; prefere o autor referir-se à prorrogação extraordinária como “extensão de prazo para fins de reequilíbrio” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 168).

34 A doutrina ainda aponta a existência da *prorrogação emergencial*, destinada à continuidade do serviço público na hipótese em que não há tempo para uma nova outorga por meio de nova licitação ao fim de um contrato de concessão prévio, nem se mostra o Poder Concedente capaz de prestar diretamente o serviço público concedido. Ver, por todos, GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani; SANGUINÉ, Odone. Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. *Direito & Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 201-221, 2019.

Importante notar que as hipóteses estão contempladas no art. 32 da Lei Federal nº 13.448/2017 e no art. 16 da Lei Estadual nº 16.933/2019.

35 Por todos, CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e rellicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 294.

36 Ibidem.

37 Sobre o ponto da preferência da extensão do prazo à indenização, Antônio Carlos Cintra do Amaral observa que “a prorrogação do prazo é mais condizente com a concessão, porque nesta todos os investimentos são amortizados pelos efetivos usuários do serviço, nenhum deles pela comunidade difusamente considerada” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 28).

Por decorrer de um dever constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual (inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal)<sup>38</sup>, muitos autores defendem que a prorrogação extraordinária *prescinde de previsão original no contrato*<sup>39</sup>. A matéria não é, todavia, pacífica na doutrina, havendo importantes vozes em sentido contrário<sup>40</sup>. O último entendimento predomina no Tribunal de Contas da União<sup>41</sup>, embora recentemente a Corte de Contas tenha se manifestado, *en passant*, pela desnecessidade de prévia autorização contratual para a prorrogação extraordinária para fins de

- 
- 38 Art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (BRASIL, 1988, art. 37, inc. XXI, grifo nosso).
- 39 Como exemplo, mencionamos: FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e rellicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 371-388; FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. *Prorrogação dos contratos de parcerias no estado de São Paulo: reflexões acerca da constitucionalidade da lei estadual nº 16.933/2019 a partir dos parâmetros definidos na ADI 5991*. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coord.). *Experiências práticas em concessões e PPP: estudos em homenagem aos 25 anos da lei de concessões*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. II: execução, controle e exercício de funções públicas por concessionário. p. 61-76; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- 40 Nos valemos aqui da enumeração elaborada por Caio Cesar Figueiroa e André Castro Carvalho: GARCIA, op. cit., p. 229-230; MARQUES NETO, op. cit., p. 169; LOSINSKAS, Paulo Victor Barchi. *Extinção e prorrogação de contratos de serviços públicos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015, p. 162; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 268.
- 41 Nos valemos novamente da enumeração exemplificativa elaborada por Caio Cesar Figueiroa e André Castro Carvalho, op.. cit.: acórdãos nº 774-11/2016 e nº 738/2017 (FIGUEIROA; CARVALHO, op. cit.).

reequilíbrio<sup>42</sup>. O Superior Tribunal de Justiça adota também essa mesma linha restritiva<sup>43</sup>.

5.3. Como dito na introdução deste tópico, a partir da introdução da Lei Federal nº 13.448/2017 e da Lei Estadual nº 16.933/2019, o tema concernente ao instituto da *prorrogação contratual* passou a ser mais complexo. Em primeiro lugar, porque são normas muito recentes, que carecem de maior aprofundamento doutrinário e jurisprudencial sobre suas disposições. Em segundo lugar, cada uma dessas leis disciplina de modo particular e diverso o tema, não obstante adotem a mesma nomenclatura de institutos e tenham pontos de contato. A lei paulista adota um mimetismo apenas parcial da norma federal: adota as mesmas nomenclaturas, mas disciplina requisitos e efeitos de modo bastante diverso, o que acaba gerando ruídos. Assim, não é de se estranhar classificação diversa, adotada por cada autor de acordo com a norma a que dedicou sua atenção.

Sem pretender apresentar uma solução definitiva para o tema, será aqui adotada a classificação exarada no Parecer nº 65/2020 da Subprocuradoria-Geral da Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que tratou o novo instituto, tal como disciplinado pela Lei Estadual nº 16.933/2019, como *prorrogação mediante contrapartida*, ao lado das prorrogações ordinária e extraordinária, e não como espécie de qualquer delas.

- 
- 42 Acórdãos TCU nº 2.876/2019-Plenário (BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.876/2019**. Processo n. 009.032/2016-9 (Relatório de acompanhamento). Relator: Ministro Augusto Nardes, 17 de novembro de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 3 dez. 2021) e 1.446/2018-Plenário (BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.876/2019**. Processo n. 009.032/2016-9 (Relatório de acompanhamento). Relator: Ministro Augusto Nardes, 17 de novembro de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 3 dez. 2021).
- 43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). REsp 1.549.406/SC. Processual civil e administrativo. Concessão de serviço público. Transporte. Prorrogação do contrato sem licitação para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Impossibilidade. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Expresso coletivo Forquilhinha Ltda; Expresso Rio Maina Ltda; Auto viação Critur Ltda; Zelindo Trento e cia Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin, 16 de agosto de 2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502007810&dt\\_publicacao=06/09/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502007810&dt_publicacao=06/09/2016). Acesso em: 3 dez. 2021.

Embora a nomenclatura *prorrogação mediante contrapartida* não esteja prevista em nenhum dos dois textos legais, o termo é bastante apropriado, porquanto retira o foco do momento em que a prorrogação ocorre e ilumina a questão fundamental do instituto: a inclusão de investimentos não previstos no pacto original.

Com efeito, o motivador de ambas as leis foi possibilitar a injeção de investimentos em infraestrutura, bem assim o aperfeiçoamento do ambiente regulatório, “aproveitando” contratos já existentes por meio da prorrogação.

Essa prorrogação com a inclusão de investimentos já poderia ser realizada sem a edição da lei, o que decorre do *ius variandi* ínsito aos contratos administrativos; o mesmo se diga sobre a alteração consensual do contrato para o aperfeiçoamento regulatório. Contudo, é evidente que a regulamentação da matéria pela via legal traz muito mais segurança jurídica à Administração perante os órgãos de controle.

Existe mais um motivo relevante para nominar essa espécie de prorrogação como *mediante contrapartida*: o elemento temporal é de fato irrelevante para a lei paulista. Lembre-se que a lei federal definiu dois tipos de prorrogação: a prorrogação antecipada, aquela que ocorre entre 50% e 90% do tempo da vigência original contratual (art. 6º, § 1º); e a prorrogação contratual, que, por exclusão, ocorre após 90% de sua vigência. Porém a lei paulista não adotou esse corte temporal, de modo que a clivagem em dois tipos diversos, nela, não tem consequência, uma vez que os pressupostos e os efeitos são os mesmos para ambos.

Por oportuno, ressalta-se que as leis federais que tratam da matéria, em especial a Lei Federal nº 13.448/2017, por expressa previsão, aplicam-se somente ao âmbito da Administração Federal, de modo que não se encontra na mesa o debate sobre a delimitação da competência na disciplina dos contratos administrativos quanto a normas gerais, tema árduo e fonte inesgotável de debates doutrinários e jurisprudenciais. No silêncio das normas federais quanto aos entes subnacionais, esses podem disciplinar o tema em bases próprias<sup>44</sup>.

---

44 GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. Prorrogação contratual e relicitação nº 13.448/17: Perguntas e respostas. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 622.

5.4. Passemos agora a examinar algumas importantes diferenças entre as leis federal e estadual:

(i) Em primeiro lugar, a abrangência dos contratos atingidos pela inovação legislativa: enquanto a lei federal delimita sua aplicação aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário<sup>45</sup>, a lei estadual abrange todos os “serviços de competência do Estado”, fazendo uma listagem meramente exemplificativa de quais seriam esses setores<sup>46</sup>.

(ii) Em segundo lugar, a questão da previsão originária quanto à possibilidade da prorrogação: enquanto a lei federal estabelece a necessidade de expressa previsão ou no contrato original ou no edital (art. 4º, inc. I e II)<sup>47</sup>, a lei estadual não a determina (art. 3º, inc. I e II)<sup>48</sup>.

45 “Art. 1º Esta Lei estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relíctação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995” (BRASIL. Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relíctação dos contratos de parceria. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1-3, 6 jun. 2017, p. 1).

46 “Artigo 1º – Esta lei estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relíctação dos contratos de parceria, nos serviços de competência do Estado. § 1º – Compreendem-se entre os serviços de competência do Estado, os setores de saúde, saneamento, infraestrutura e transporte, tais como rodovias, transporte sobre pneus, ferroviário, metroferroviário e aquaviário, da Administração Pública Estadual, bem como os serviços de gás canalizado, nos termos do artigo 25 da Constituição Federal” (SÃO PAULO. Lei n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019. Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relíctação dos contratos de parceria e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1-3, 25 jan. 2019, p. 1).

47 “Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se: I – prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste; II – prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste; [...]” (BRASIL, 2017, p. 1, grifo nosso).

48 “Artigo 3º – Para os fins desta lei, considera-se: I – prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, realizada a critério do órgão ou da entidade competente, fundamentadamente, e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste; II – prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, realizada a critério do órgão ou da entidade competente, fundamentadamente, e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste; [...]” (SÃO PAULO, 2019, p. 1).

Não se trata de mero silêncio do Legislador paulista. A parte final no § 2º do art. 4º da lei estadual estabelece expressamente tal possibilidade da prorrogação “ainda que não conste previsão expressa no edital ou no contrato quanto à possibilidade de prorrogação”<sup>49</sup>. O ponto certamente despertará posicionamentos divergentes, tendo em vista que, majoritariamente, a doutrina especializada no ramo não reconhece a possibilidade de prorrogação do contrato sem previsão inicial nem mesmo no caso de prorrogação extraordinária, como mencionado acima.

O Tribunal de Contas da União, do mesmo modo, tem reiterado que, sem previsão originária, a prorrogação, ainda que extraordinária para fins de reequilíbrio, implicaria violação ao dever de licitar e ao princípio da competitividade (acórdãos 774/2016 e 738/2017), embora em recentes precedentes, no contexto de prorrogação antecipada, o TCU tenha, *de passagem*, reconhecido a legalidade da extensão de prazo para fins de reequilíbrio independentemente de prévia disposição no edital ou contrato (acórdão 2.876/2019-Plenário)<sup>50-51</sup>.

Ainda quanto ao ponto, vale trazer menção ao voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5991, ressalvando-se desde logo que o seu conteúdo constitui mero *obiter dictum*, seja porque a matéria não foi contemplada nos pedidos da autora da ação, seja porque o voto condutor do acórdão foi o da relatora, Ministra Cármem Lúcia, seja ainda porque a causa de pedir aberta em controle concentrado de constitucionalidade não permite julgamento além do pedido, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>52</sup>.

49 “Artigo 4º – A prorrogação contratual ou a prorrogação antecipada nos setores referidos no artigo 1º desta lei observarão as disposições dos respectivos instrumentos contratuais, balizando-se, adicionalmente, pelo disposto nesta lei. § 1º – As prorrogações previstas no “caput” deste artigo poderão ocorrer mediante provocação de qualquer uma das partes do contrato de parceria e estarão sujeitas à discricionariedade do órgão ou entidade competente. § 2º – Fica estabelecido como prazo máximo de prorrogação do contrato o tempo estipulado para a amortização dos investimentos realizados ou para o reequilíbrio contratual, ainda que não conste previsão expressa no edital ou no contrato quanto à possibilidade de prorrogação” (Ibidem, p. 1).

50 Ibidem. Mesma impressão é compartilhada por Rafael Véras de Freitas (FREITAS, op. cit., p. 640).

51 Na mesma direção, o acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário.

52 Dentre outros precedentes, ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF 347-TPI. Direito constitucional e processual penal. Illegitimidade ativa de *amicus curiae* para pleitear tutela provisória incidental em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Referendo. Ampliação do objeto da causa principal e concessão de medida

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes elenca quatro condições para a validade da prorrogação antecipada dos contratos de concessão, dentre elas a previsão da prorrogação no edital de licitação e no contrato original. Repita-se que tais condicionantes não compuseram a *ratio decidendi* no julgamento da ADI nº 5991, mas não há dúvida de que os pontos suscitados pelo Ministro levantaram diversos questionamentos sobre a aplicação prática do instituto da prorrogação contratual.

Como contraponto a tal entendimento, trazemos aqui as reflexões de Caio Cesar Figueiroa e André Castro Carvalho, em que expõem as fragilidades dos fundamentos que sustentam uma suposta necessidade de previsão original de prorrogação:

Apesar de recomendável (para não dizer impositivo) que todo contrato de concessão venha disciplinar o instituto da prorrogação – como quis o legislador desde 1995, com a edição da Lei nº 8.987 (art. 23, XII) –, não é menos verdade que os contratos de longo prazo, dada a sua natural incompletude, estão propícios a diversas circunstâncias imprevisíveis, de modo que, na precisa afirmação de Egon Bockmann Moreira, “a segurança contratual advém da certeza da mudança”. Isso é, de certa maneira, suficiente para questionar até que ponto a omissão do contrato foi deliberadamente intencional.

Em virtude dessa dúvida, que se torna mais relevante por se tratar de prorrogação destinada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro soa-nos razoável admitir a prorrogação de contratos omissos, seja na modalidade contratual ou antecipada de que trata a Lei Estadual, considerando as circunstâncias práticas e o contexto sobre os quais esses instrumentos foram elaborados, época na qual as prorrogações era a menor das preocupações do Poder Concedente. [Em nota de rodapé: Sopesar as circunstâncias envoltas ao caso ganha maior peso e preponderância com o advento do art. 22 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a partir da recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.655/2018].

---

cautelar de ofício. Impossibilidade. Não referendo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 18 de março de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753146163>. Acesso em: 3 dez. 2021.

Mesmo porque a finalidade compensatória dos mecanismos jamais impactaria na elaboração das propostas pelos licitantes a ponto de sustentar alguma vantagem superveniente.<sup>53</sup>

Os autores ainda citam em favor de seu argumento entendimentos consonantes de Celso Antonio Bandeira de Mello e Fernando Vernalha Guimarães<sup>54</sup> e também mencionam recentes entendimentos do TCU, já mencionados aqui, admitindo, ainda que em *obiter dictum*, a prorrogação do contrato mesmo ausente previsão originária (2.876/2019-Plenário).

A questão está muito longe de ser pacífica, mas a impressão que se tem é que uma mudança do entendimento original dos órgãos de controle não é improvável, embora não seja possível assentar alguma tendência de manutenção ou revisão do entendimento. O próprio voto do Ministro Gilmar Mendes parece ter sido fruto de uma impressão primeira do tema, não definitiva. Até porque, por se tratar de manifestação *obiter dictum*, não houve debate sobre o ponto pelos demais Ministros.

(iii) Em terceiro lugar, ao contrário do que ocorre na Lei Federal nº 13.448/2017, em que se determina que a antecipação da prorrogação se dê apenas quando a vigência do contrato tiver alcançado entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado, a lei estadual não define um período de execução contratual dentro do qual pedido de prorrogação mediante contrapartida poderá ser manejado.

Nesse sentido, endossa-se o entendimento dos Procuradores do estado subscritores do Parecer nº 65/2020, que questionam a real existência de diferença da *prorrogação antecipada* e da *prorrogação contratual* tratadas na Lei Estadual nº 16.933/2019, tendo em vista a ausência de distinção em relação às regras aplicáveis a tais espécies de prorrogação. Não havendo diferença nem nos requisitos, nem nos efeitos, é de fato irrelevante diferenciar essas espécies do gênero *prorrogação mediante contrapartida*. Como dito acima, parece-nos que a adoção dessa classificação decorreu de um mimetismo apenas parcial da lei

---

53 FIGUEIROA; CARVALHO, op. cit., p. 73-74.

54 Ibidem, p. 74.

paulista do modelo adotado pela União, de modo que foram mantidas as nomenclaturas das espécies de prorrogação, mas com regime muito diverso, o que acabou causando essa excentricidade.

(iv) Em quarto lugar, está a questão do número de prorrogações possíveis e da definição do limite máximo de prazo a se estender.

Nesse ponto, a norma federal limita a prorrogação a uma única vez e desde que o contrato não tenha sido anteriormente prorrogado. Estabelece, ainda, que o prazo de extensão será igual ou inferior ao prazo originalmente fixado no contrato.

A norma estadual regulamenta o ponto de maneira muito diversa: não estabelece limite à quantidade de prorrogações; ademais, define como prazo de prorrogação o tempo necessário à amortização dos investimentos adicionais ou à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o que, a nosso ver, pode significar tempo maior ou menor do que foi inicialmente acordado, embora, como já dito no *item i*, a lei paulista não condicione a *prorrogação mediante contrapartida* à prévia existência de cláusula autorizativa da extensão do prazo contratual.

### **III. TERCEIRA PARTE: INTER-RELAÇÃO ENTRE OS MODELOS DE REGULAÇÃO E O INSTITUTO DA PRORROGAÇÃO CONTRATUAL**

#### **6. CONSEQUÊNCIAS E EFEITOS DOS MODELOS DE REGULAÇÃO SOBRE A PRORROGAÇÃO CONTRATUAL**

**6.1.** Até aqui, cada um dos institutos foi analisado separadamente: os modelos de regulação (contratual e discricionária) e as espécies de prorrogação contratual (ordinária, extraordinária e mediante contrapartida).

Volta-se, agora, à discussão das consequências da adoção de cada uma das espécies de prorrogação *vis-à-vis* os modelos regulatórios. A análise dessas combinações tem de ser feita de acordo com as modelagens econômico-financeiras associadas a cada modelo regulatório, que são bastante diversas uma da outra.

De início, cabe um alerta: as considerações que seguem são apenas aproximações possíveis ao tema, uma vez que não existem parâmetros normativos que determinem que a regulação de um dado setor seja feita

de acordo com um modelo prévio. Adotamos para os fins do presente artigo *tipos ideais*, os quais podem se encontrar de modo mais ou menos “puros” na realidade. E tais tipos foram aqui esculpidos à luz do contexto dos contratos de concessão praticados no estado de São Paulo.

6.2. A *regulação contratual* é utilizada, geralmente, em setores que demandam injeção de uma grande monta de investimentos logo no início da relação, como os setores rodoviário, ferroviário, portuário e aeroportuário. Por esse motivo – e partindo do pressuposto de que todos os investimentos serão amortizados durante o prazo do contrato, pressuposto esse que é adotado como praxe nesses setores –, no momento do leilão, definem-se o cronograma de investimentos por todo o período e a tarifa a ser aplicada, que deve ser suficiente, com base na demanda projetada, à amortização dos investimentos e ao retorno esperado pelo investidor. O retorno esperado pelo concessionário é projetado pelo Poder Concedente, no momento do estudo de viabilidade técnica e econômica (EVTE), com base na taxa mínima de atratividade, calculada com base no custo médio ponderado do capital – CMPC (WACC, em inglês)<sup>55</sup> do setor.

Tendo em vista que nesses setores a modelagem projeta a receita necessária para amortizar o investimento programado para toda a relação contratual, os investimentos adicionais são vistos como fator desequilibrante da matriz econômica do contrato, que deve ser reequacionada mediante uma das possíveis ferramentas de reequilíbrio, dentre as quais se destaca, como anteriormente referido, a *prorrogação extraordinária*.

Em contraposição, a adoção da *prorrogação ordinária* nesse contexto, caso seja adotada a premissa de manutenção do valor da tarifa, implicaria ganhos em favor do concessionário, uma vez que, encerrado o prazo original do contrato, os investimentos estariam plenamente amortizados, de maneira que, ao longo do período de extensão temporal, a tarifa necessária para fazer face aos custos operacionais e ao retorno do capital empregado pelo concessionário seria, necessariamente, inferior à originalmente definida para o contrato.

---

55 Weighted Average Cost of Capital (WACC).

Mantida a mesma tarifa originalmente fixada, e conferindo-se ao concessionário prazo adicional de exploração da infraestrutura, alcança-se, como resultado, uma elevação da rentabilidade média proporcionada pela concessão<sup>56</sup>, proporcionando, como consequência, ganhos injustificáveis ao concessionário, o que desvirtua a própria lógica do sinalagma contratual.

A questão se torna ainda mais sensível ao se observar que, pela ótica social, a prorrogação ordinária implicaria onerosidade tarifária em razão do aumento *indireto* da tarifa, pois os usuários do serviço estariam remunerando o contratado por investimentos já amortizados.

Mais um aspecto que não pode ser desprezado é a necessidade de garantia de probidade na condução da relação contratual. Não há dúvidas de que a possibilidade de uma prorrogação contratual com isenção de riscos e contrapartidas tem o grave potencial de ensejar favoritismos e outros tipos de improbidades.

A adoção da prorrogação ordinária nesse contexto pode ainda enfraquecer a busca de vantajosidade no processo licitatório. Isso porque, ao se considerar a lógica *ex ante* que caracteriza a definição dos aspectos econômicos do contrato no âmbito do modelo regulatório contratual, a competição por melhores preços travada no processo licitatório seria prejudicada (ou até mesmo inviabilizada) caso existisse – ainda que no plano hipotético – a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência contratual. Nesse caso, haveria a inserção no cenário competitivo entre os licitantes de mais um aspecto a influenciar o ajuste financeiro-econômico do contrato: capacidade de negociação futura do concessionário para que se implemente a prorrogação contratual. Efetivamente, essa não se mostra a melhor alternativa diante das premissas de um modelo regulatório que busca, por meio da licitação, a contratação da melhor proposta tarifária.

---

56 Em termos econômico-financeiros, nos contratos de infraestrutura que tenham as características apontadas, de concentração de investimentos no período inicial da concessão, e determinem a premissa de amortização integral dos investimentos quando do encerramento da vigência contratual, cada ano adicional da concessão costuma contribuir, em maior ou menor monta, para a elevação do valor presente líquido do projeto, sendo esta, inclusive, a razão pela qual para esses setores a prorrogação do prazo de vigência do contrato constitui mecanismo apto a reequilibrar desequilíbrios contratuais.

Aprofundando-se a análise desse aspecto, também podem ser vislumbrados possíveis impactos deletérios nas propostas dos licitantes caso seja considerada (mesmo que implicitamente) a possibilidade de prorrogação. Ainda que não seja levada em conta a maior ou menor capacidade de negociação futura dos licitantes, não pode ser desprezado o risco de que a prorrogação não seja deferida, posto que esta é uma prerrogativa do Poder Concedente. Assim, não havendo a certeza de que haverá ganhos futuros proporcionados por eventual período de prorrogação contratual, os licitantes sérios tendem a não incorporá-los em suas propostas. Não obstante, isso acarreta ao menos dois problemas concretos: (i) seleção adversa, na medida em que podem ser favorecidos licitantes com propostas mais agressivas, que somente fariam sentido na hipótese de obterem os ganhos de prorrogação contratual, o que colocaria em risco a sustentabilidade econômica da concessão e a própria continuidade do serviço público, caso o cenário de prorrogação contratual almejado não ocorra; e (ii) a apropriação pelo concessionário de todos os benefícios econômico-financeiros de uma prorrogação contratual que venha a ser implementada, na medida em que tais benefícios tendem a não ser contemplados no valor da proposta (num cenário em que os licitantes tenham desconsiderado em suas propostas a possibilidade de prorrogação contratual futura).

Por fim, a *prorrogação mediante contrapartida*, nos moldes como regulamentada pela legislação estadual, por estabelecer a necessidade de novos investimentos e a limitação do tempo de extensão ao estritamente necessário à sua amortização, tem lugar confortável na regulação contratual. Isso porque não haverá, nessa hipótese, vantajosidade ao concessionário além do que inicialmente estabelecida. E isso por dois motivos.

Em primeiro lugar, porque o prazo de extensão é limitado ao “*tempo estipulado para a amortização dos investimentos realizados ou para o reequilíbrio contratual*”<sup>57</sup>, de modo que não há nessa espécie o bônus indevido cogitado na prorrogação ordinária. A amortização desses investimentos, segundo as melhores práticas de modelagem econômico-financeira

---

<sup>57</sup> SÃO PAULO, 2019, art. 4º, § 2, grifo nosso.

de projetos de infraestrutura, dá-se pela adoção de uma taxa interna de retorno pelo custo médio ponderado do capital (WACC), calculado pelo Poder Concedente, do mesmo modo que se dá o reequilíbrio contratual na hipótese de inserção de novos investimentos, como dito nos parágrafos finais do tópico 3.2 supra. Esse custo médio ponderado do capital é um índice que reflete o *custo de oportunidade do capital* em transações que envolvem projetos de longo prazo, de modo a estabelecer uma equivalência entre encargos e benefícios entre as partes<sup>58</sup>, proporcionando ao concessionário um retorno igual ao obtido por empresas com características de riscos comparáveis<sup>59</sup>. Decorre daí que não há vantagem ao concessionário além da que qualquer outra empresa do ramo obteria na mesma situação.

Em segundo lugar, porque o caput do art. 7º da Lei estadual determina que o órgão ou entidade competente deverá apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de concessão em relação à realização de nova licitação<sup>60</sup>. Essa fundamentação tem caráter técnico, de modo a afastar subjetivismos no processo decisório.

**6.3.** Premissas diametralmente opostas amparam a *regulação discricionária*. Esse modelo é utilizado, geralmente, em setores que demandam investimentos constantes por todo o período da relação contratual, como os setores de saneamento básico, gás canalizado e energia elétrica.

---

58 VASCONCELOS apud SANVICENTE, Antonio Zoratto. Problemas de estimação de custo de capital de empresas concessionárias no Brasil: uma aplicação à regulamentação de concessões rodoviárias. RAUSP, São Paulo, v. 47. n. 1, p. 81-95, 2012, p. 85.

59 Ibidem, p. 85.

60 “Artigo 7º – Caberá ao órgão ou à entidade competente apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.

§ 1º – Sem prejuízo da regulamentação do órgão ou da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o “caput” deste artigo: 1 – o programa dos novos investimentos, quando previstos; 2 – as estimativas dos custos e das despesas operacionais; 3 – as estimativas de demanda; 4 – a modelagem econômico-financeira e as razões para manutenção ou alteração dos critérios de remuneração; 5 – as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos; 6 – as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes; 7 – os valores devidos ao Poder Público pela prorrogação, quando for o caso; 8 – os mecanismos que demonstrem a mitigação ou resolução do desequilíbrio econômico-financeiro verificado em relação ao parceiro privado; 9 – as garantias que serão concedidas ao parceiro privado como forma de mitigar os riscos contratuais e diminuir os custos a eles associados” (SÃO PAULO, 2019, art. 7º).

Em tais setores, diversamente do que ocorre com a regulação contratual, os investimentos são programados em ciclos tarifários – em geral a cada quatro ou cinco anos – e a remuneração do concessionário é estabelecida com base em tarifa que cubra, grosso modo, os custos de operação e a amortização da base de ativos no ciclo tarifário mediante taxa de remuneração do capital que reflita o custo de oportunidade do capital comum a empresas atuantes no setor.

No ambiente de regulação discricionária, a política de investimentos é bastante diversa da lógica empregada na regulação contratual, uma vez que a cada ciclo tarifário podem ser incluídos novos investimentos a cargo do concessionário. A integral amortização dos investimentos, nesses casos, não se mostra possível via de regra dentro do prazo da concessão, devendo ser ele indenizado ao final do contrato pelos investimentos que restaram descobertos.

A previsão do edital não detalha os investimentos a serem incorridos, mas apenas define metas a serem alcançadas pelo concessionário. O plano de negócios, no ambiente de regulação discricionária, ganha contornos diferentes; foi dito acima que o plano de negócios na regulação contratual é visto com desconfiança pela Administração Pública para representar o estado de equilíbrio do contrato, de modo que o documento vem sendo até mesmo proibido de ser apresentado nos editais. O oposto dá-se na regulação discricionária, em que a definição dos investimentos a serem realizados é definido a cada ciclo tarifário mediante a validação pela agência reguladora do plano de negócios elaborado pelo concessionário para o próximo ciclo.

A dinâmica de investimentos constantes nos setores em que se adota a regulação discricionária, especialmente em função dos investimentos realizados em ciclos tarifários mais próximos do fim do prazo contratual, torna, ao fim da concessão, necessária a indenização de investimentos não amortizados para atender o postulado do art. 36 da Lei Federal nº 8.987/1995, seja por meio do orçamento público, seja por outorga a ser paga pelo próximo concessionário. No ponto, vale trazer as reflexões de Lucas Navarro Prado e Luís Felipe Valerim Pinheiro:

Aliás, questiona-se até mesmo a premissa de que o investimento precisa ser amortizado integralmente no prazo da concessão de maneira que,

ao final, não existe saldo residual a ser indenizado. Como, usualmente, a vida útil do ativo ultrapassa o prazo da concessão, impor sua amortização integral no prazo da concessão significa dizer que usuários de hoje estariam a pagar pelo benefício a ser fruído por outros usuários no futuro. Há aí, pois, uma questão de política pública. A opção adotada afeta, por vezes, interesses de gerações distintas.

Esse problema é particularmente relevante nos casos em que o nível de investimento permanece relevante ao longo da concessão, especialmente nos seus últimos anos. Pretender, nesses casos, a amortização integral dos investimentos no prazo da concessão implicaria (a) aumentos tarifários relevantes nos últimos anos de vigência contratual e/ou (b) o início da remuneração do investimento muito antes de sua efetiva realização. Como essas duas opções costumam se mostrar indigestas politicamente e pouco eficientes do ponto de vista econômico (pois afetam negativamente os incentivos envolvidos e/ou a demanda pelos serviços), a alternativa mais razoável, nessas hipóteses, parece ser a previsão de pagamento de indenização ao final da concessão, eventualmente por meio de cobrança de valor de outorga a ser pago pelo novo concessionário.<sup>61</sup>

Dito isso, a *prorrogação ordinária* nos setores de regulação discricionária não implica ganhos em favor do concessionário além do que inicialmente previsto no momento da competição. Com efeito, ao se considerar o modo de formação da tarifa a cada ciclo tarifário, que expresse receita que amortize a parcela dos ativos empregadas naquele ciclo (base de remuneração regulatória) mediante taxa de remuneração do capital, que reflete o custo de oportunidade, a prorrogação ordinária não implica vantagem indevida ao concessionário. Como dito anteriormente, a remuneração do capital tem por objetivo somente estabelecer a equivalência entre encargos e benefícios entre as partes, proporcionando ao concessionário um retorno igual ao obtido por empresas com características de riscos comparáveis, de modo que o concessionário não obtém ganho econômico além do que qualquer outra empresa do ramo obteria na mesma situação.

---

61 PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. Série GVLaw, v. 2, p. 425-426.

Isso porque sobre qualquer período adicional conferido ao contrato, para além dos originalmente previstos, será aplicado o mesmo regime regulatório conferido aos demais ciclos tarifários, auferindo-se, no início do prazo prorrogado, o valor dos ativos já empregados ao serviço e ainda não amortizados, acrescendo-se a estes os valores dos investimentos demandados ao longo do período, estimando-se os custos operacionais eficientes, premissas de demanda, e, ainda, o custo médio ponderado de capital do setor, de modo a definir uma tarifa que proporcione uma receita capaz de suportar tais custos, amortizar as quotas anuais de depreciação e amortização de acordo com as premissas regulatórias, e proporcionar a remuneração condizente com o custo de capital calculado para a concessionária.

Com isso, a exploração do serviço concedido ao longo do período adicional, conferido em razão da prorrogação ordinária, não traduz qualquer elevação da *rentabilidade média* do concessionário, mas apenas confere-lhe período adicional para prosseguir na exploração dos serviços, tendo como contrapartida rentabilidade equivalente<sup>62</sup> à que vem auferindo desde o início do contrato<sup>63</sup>.

Por outro lado, e pelas mesmas razões, não faz sentido no modelo de regulação discricionária, em termos econômico-financeiros, a *prorrogação extraordinária*. Como cada ciclo tarifário tem por objetivo gerar receitas suficientes para amortizar a parcela dos ativos empregadas naquele ciclo mediante taxa de remuneração do capital, que reflete o custo de oportunidade comum dos agentes econômicos do setor, a prorrogação extraordinária perde funcionalidade, uma vez que a extensão temporal não é apta a gerar excedente, porquanto,

---

62 Sempre definida à luz do custo médio ponderado de capital calculado para o ciclo tarifário.

63 Em termos econômico-financeiros, cada ciclo contratual possui um fluxo de caixa distinto, o qual, trazido a valor presente pela taxa de desconto definida no ciclo tarifário como o custo médio ponderado de capital do concessionário, possui valor presente líquido equivalente a zero. Isso significa, em termos práticos, que ciclos tarifários adicionais são, em tese, estritamente neutros, não importando quer em ganhos, quer em perdas ao concessionário, já que ao longo de cada ciclo este é remunerado, presumivelmente, exclusivamente pelo custo de capital calculado para o ciclo tarifário, além de eventuais ganhos de eficiência que obtenha ao longo do próprio período.

por premissa regulatória adotada nesses setores, o valor presente líquido é igual a zero em todos os ciclos tarifários<sup>64</sup>.

Isso porque os desequilíbrios econômico-financeiros são calculados em função do impacto, em valor presente líquido, sobre o fluxo de caixa da concessão, proporcionado pelo evento de desequilíbrio, de modo que qualquer método de reequilíbrio econômico-financeiro deve, por um imperativo lógico, ser capaz de proporcionar impacto, em valor presente líquido sobre este fluxo de caixa da concessão, em montante equivalente e sentido oposto ao do evento de desequilíbrio, neutralizando os impactos deste último, premissa não atendida por um mecanismo como o da prorrogação contratual, a qual, nestes setores, contribui com valor presente líquido equivalente a zero.

Analisemos, por fim, a interação da regulação discricionária pela *prorrogação mediante contrapartida*, tal como regulada pela Lei Estadual nº 16.933/2019.

Como dito no tópico 5 deste estudo, a prorrogação mediante contrapartida tem por finalidade viabilizar a inclusão de novos investimentos em contratos de parceria. Ocorre que, no ambiente de regulação discricionária, não há previsão no edital da licitação sobre os investimentos a serem realizados, mas sim sobre as metas a serem alcançadas, sendo certo que os investimentos são definidos para o próximo ciclo a cada revisão tarifária periódica (RTP) pela agência reguladora após exame do plano de negócios proposto pelo concessionário.

64 Veja, por exemplo, a Nota Técnica da Arsesp NTF 0015-2021: “A metodologia baseia-se em um modelo de Fluxo de Caixa Descontado (FCD), cujo objetivo é calcular a tarifa de equilíbrio (P0) que garante que o Valor Presente Líquido (VPL) do ciclo tarifário seja igual a zero, dado um custo de oportunidade igual ao Custo Médio Ponderado de Capital (WACC, na sigla em inglês para Weighted Average Capital Cost). Este método tem sido utilizado pela Arsesp em todos os ciclos anteriores e foi mantido para o cálculo tarifário correspondente ao Quinto Ciclo Tarifário” (AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nota técnica preliminar NTF 0015-2021. Proposta de cálculo da margem máxima, fator X e estrutura tarifária. 4ª Revisão Tarifária Ordinária da Gás Natural São Paulo Sul S.A. – Naturgy. São Paulo: Arsesp, 2021. Disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/BancoDadosAudienciasPublicasArquivos/NTF-0015-2021.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2021, p. 5).

Na mesma linha, ver, da Agência Nacional de Energia Elétrica, o item 1 do anexo V, dentre outros, do contrato de concessão nº 15/2021 (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Contrato de concessão nº 15/2021-ANEEL. Brasília, DF: ANEEL, 2021. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/contratos-de-transmissao>. Acesso em: 3 dez. 2021).

Ou seja, é da própria premissa regulatória a constante inclusão de novos investimentos, não sendo necessário para tanto socorrer-se do instituto regulado pela Lei Estadual nº 16.933/2019. Conclui-se que a disciplina legal não se ajusta bem à lógica dessa espécie regulatória.

**6.4.** Com base nesses esclarecimentos, é possível concluir que a lógica econômica adotada na prática da Administração Paulista nos setores de *regulação discricionária* é compatível, a rigor, apenas com a *prorrogação ordinária*. Essa também foi a conclusão do Parecer nº 65/2020 da Subprocuradoria-Geral da Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que validou a juridicidade do sétimo aditivo do contrato de concessão com a Comgás, que trata de sua prorrogação ordinária:

No caso do gás canalizado, como já salientado, a concessão é estruturada em lógica distinta daquela legalmente exigida, de forma que a simples expressão textual da possibilidade de prorrogação de prazo pela inclusão de novos investimentos no diploma normativo não se mostra razão suficiente a permitir que seja aplicada a prorrogação ali prevista aos contratos integrantes desse setor.

[...]

Aliás, a incompatibilidade intrínseca a que aludimos fica ainda mais evidente no Contrato de Concessão, quando notamos que a necessidade contínua de investimentos, em todos os períodos do contrato, manifesta-se na existência de ciclos de investimentos planejados a cada quinquênio, inseridos no contexto de ciclos tarifários ordinariamente revisados. Nessa linha, não estão definidos, nem na contratação original nem na proposta de aditivo ora submetida a análise, quais seriam os investimentos necessários à prestação do serviço público, mas apenas metas a serem atingidas pela Concessionária, com os investimentos sendo definidos pela ARSESP a cada ciclo regulatório.

Se é possível que até no último ciclo novos investimentos se mostrem necessários, não há como se falar que o modelo regulatório se harmoniza a uma expectativa de que todos os investimentos a serem realizados no curso da execução contratual possam ser integralmente amortizados até o termo final pactuado, valendo salientar que a regra

de amortização adotada pelo Contrato segue regras contábeis previstas no Plano para o setor, dispostas na regulação discricionária da Agência Reguladora, que, evidentemente, não se liga ao prazo particularmente estabelecido para cada contrato de gás canalizado regulado.

Se não mais fosse aplicada uma sistemática de amortização pela regra contábil, mas por um mecanismo de cálculo segundo o prazo concessório, como consequência, haveria forte pressão sobre a tarifa praticada, que deveria ser elevada a patamar tal que permitisse a rápida amortização econômica dos investimentos realizados em momento próximo ao encerramento contratual, com os evidentes prejuízos a todos os usuários do serviço.

[...]

Logo, caso fosse necessário amortizar o capital investido ao longo do período contratual pactuado, é certo que forte pressão haveria sobre o valor da tarifa teto admitida, uma vez que a margem de distribuição, que a integra, tenderia a ser cada vez maior à medida que novos investimentos fossem sendo realizados, e isto apenas se agravaria com a necessidade de realização de investimentos novos em períodos mais aproximados ao final do termo avençado.

Vê-se que este não é um cenário condizente ao interesse público, porquanto afronta o princípio da modicidade tarifária.

Diante do exposto, não sendo devido tratar o pleito de prorrogação do Contrato de Concessão como a prorrogação prevista na Lei nº 16.933/2019, impende reconhecer estarmos diante de pedido de prorrogação ordinária do Contrato, fundada, exclusivamente, na Cláusula Quinta do Contrato, o que não retira ou de qualquer forma prejudica a sua juridicidade, eis que, conforme já amplamente exposto, trata-se de expediente reconhecido como válido tanto na Constituição Federal (artigo 175, parágrafo único, inciso I), quanto na Lei Federal nº 8.987/95 (artigo 23, inciso XII), quanto na Lei Estadual nº 7.835/92 (artigo 8º, inciso XX, e artigo 10, parágrafo único).<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> NASCIMENTO, Matheus Alves; NUNES, Thiago Mesquita. *Parecer n. 65/2020*. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 2020, p. 43-45.

6.5. Por fim, é preciso ressaltar que a decisão de prorrogar o contrato é discricionária da Administração, não possuindo o contratado direito subjetivo a ela, como inclusive já decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>66</sup>.

Evidentemente que a discricionariedade insita à decisão de prorrogar não se traduz em arbítrio. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos afirma que a discricionariedade nesse campo “não é um poder abstrato, mas um poder-dever, vinculado à realização dos fins públicos”<sup>67</sup>. Com efeito, a decisão pela prorrogação deve ser motivada e lastreada no interesse público, uma vez que há benefícios e desvantagens na licitação periódica do serviço público concedido.

A decisão não é simples e não há soluções abstratas *a priori* que dão conta das especificidades setoriais e da realidade de cada contrato. No caso concreto, o Poder Concedente deverá motivar e demonstrar que a prorrogação traz mais vantagens ao interesse público do que a nova licitação do objeto concedido.

Alguns aspectos devem ser ponderados nesse processo decisório.

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que a nova licitação do objeto possui *a priori* vantagens concernentes à competição entre agentes econômicos. Promove-se competição *pelo* mercado no âmbito licitatório, como um meio de se internalizar eficiências de mercado no

---

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RMS 34.203. Contrato de concessão de usina hidrelétrica. Prorrogação contratual. Cláusula de natureza discricionária. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da segurança pelo STJ. Manutenção da decisão recorrida. Recurso ordinário não provido. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S.A. Recorrido: União. Relator: Ministro Dias Toffoli, 21 de novembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>. Acesso em: 3 dez. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 27.008. Acórdão do Tribunal de Contas da União que determinou a não-prorrogação de contrato administrativo. Inexistência de direito líquido e certo. Impetrante: J. N. Trindade Conservação e Limpeza Ltda. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ayres Britto, 17 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609267>. Acesso em: 3 dez. 2021.

67 BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. Série GVLaw v. 2, p. 181.

setor regulado, notadamente quanto a infraestruturas que, por serem monopólios naturais, não permitem a competição *no mercado*<sup>68</sup>.

Além do mais, embora não seja correto afirmar que a prorrogação por si só fira a isonomia de acesso dos agentes econômicos às outorgas disponibilizadas pelo Poder Concedente, fato é que a nova licitação é instrumento que confere maior efetividade ao princípio<sup>69</sup>.

Contudo, a nova licitação não acarreta apenas vantagens. Lucas Navarro Prado e Luís Felipe Valerim Pinheiro apontam alguns percalços do processo de transição entre agentes econômicos, com a admissão/readmissão de pessoas envolvidas na prestação do serviço e mudanças de rotinas e procedimentos que podem levar a acidentes e interrupções<sup>70</sup>.

Não menos relevante, a troca do operador do serviço traz um elemento de insegurança, uma vez que o Poder Público não tem de antemão a certeza de que o novo operador prestará satisfatoriamente o serviço tal como o antigo operador.

Outro aspecto que deve ser ponderado é a condição macroeconômica do país no momento da nova licitação. Eventualmente, a economia nacional no momento do novo leilão pode não ser favorável para atrair novos investidores após o encerramento da concessão, de modo que não é improvável que o pressuposto de que a licitação propiciaria a aderência aos parâmetros de um mercado competitivo não se concretize, ou se concretize apenas parcialmente.

Por fim, tendo em vista que a praxe da regulação discricionária, como vimos, pressupõe indenização ao final da vigência do contrato dos bens não amortizados/depreciados, o Poder Concedente também deve estar atento ao ônus orçamentário de ter de pagar indenização ao anterior concessionário, em especial se as condições macroeconômicas não

68 PRADO; PINHEIRO, op. cit., p. 415-417.

69 Vale mencionar sobre o tema que Ana Paula de Barcellos sustenta que o princípio da livre concorrência, disposto no art. 170, inc. II, da Constituição Federal, é um elemento adicional do princípio da isonomia no plano das outorgas aos agentes econômicos de atividades de titularidade pública. Alerta-se que a autora não sustenta a impossibilidade de prorrogações das concessões. O seu trabalho é no sentido de que deve a Administração demonstrar fundamento racional e razoável para justificar a prorrogação. (BARCELLOS, op. cit., p. 186-187).

70 Ibidem, p. 418.

forem favoráveis à atração de outorga suficiente para fazer frente ao valor devido. Assim, a prorrogação do contrato pode se revelar um importante fator para postergar tal ônus indenizatório. É até mesmo possível que a prorrogação implique menores valores de indenização no futuro, ou então valores da indenização proporcionalmente menores em comparação com os investimentos realizados no período de extensão contratual, tendo em vista as regras de amortização/depreciação regulatórias<sup>71</sup>.

Esses são alguns exemplos de aspectos que devem ser levados em consideração pelo Poder Concedente no momento de decidir se prorroga ou não determinado contrato de concessão. Embora normas não esgotem o racional por detrás do processo decisório, alguns desses aspectos podem ser encontrados na legislação. Exemplo disso é a disposição trazida pelo art. 7º da Lei Estadual nº 16.933/2019<sup>72</sup>. A norma estabelece parâmetros objetivos para a definição de vantajosidade da prorrogação, de modo a embasar tecnicamente a decisão discricionária do Poder Público:

**Artigo 7º** – Caberá ao órgão ou à entidade competente apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.

§ 1º – Sem prejuízo da regulamentação do órgão ou da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o “caput” deste artigo:

1 – o programa dos novos investimentos, quando previstos;

2 – as estimativas dos custos e das despesas operacionais;

71 Embora seja conhecida a polêmica em torno da prorrogação dos contratos do sistema elétrico nos anos de 2012 e 2013, vale destacar que esse argumento foi utilizado pelo Executivo Federal na exposição de motivos da Medida Provisória nº 579/2012: “Estudos e avaliações sobre os ativos dessas concessões demonstraram que a maioria desses ativos encontra-se fortemente amortizada e depreciada, proporcionando aos consumidores de energia elétrica do País a possibilidade de se beneficiarem, agora, de menores tarifas [...] A experiência internacional [...] indica que a manutenção da exploração do serviço pelos concessionários, desde que esteja sendo prestado adequadamente, constitui forma apropriada para maximizar a captura de eficiência e dos ganhos proporcionados pela amortização e depreciação dos ativos já remunerados pelos usuários” BRASIL apud PRADO; PINHEIRO, op. cit., p. 439-440.

72 Conforme sustentamos, os institutos trazidos pela lei estadual são incompatíveis com a lógica econômica que permeia os setores submetidos à regulação discricionária. Essa incompatibilidade é de lógica econômica; não significa impossibilidade de aplicação da norma, que, ademais, traz segurança jurídica ao elencar critérios objetivos para definir sobre a vantajosidade da prorrogação em detrimento da realização de novo certame.

- 3 – as estimativas de demanda;
- 4 – a modelagem econômico-financeira e as razões para manutenção ou alteração dos critérios de remuneração;
- 5 – as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;
- 6 – as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;
- 7 – os valores devidos ao Poder Público pela prorrogação, quando for o caso;
- 8 – os mecanismos que demonstrem a mitigação ou resolução do desequilíbrio econômico-financeiro verificado em relação ao parceiro privado;
- 9 – as garantias que serão concedidas ao parceiro privado como forma de mitigar os riscos contratuais e diminuir os custos a eles associados.<sup>73</sup>

Observe-se que a norma possui alguns elementos definidores bastante elásticos, que podem abarcar os aspectos levantados neste tópico.

Atendidos os requisitos que demonstrem a vantajosidade da extensão do contrato, a prorrogação contratual revela-se importante instrumento de que se pode valer o Poder Concedente para o alcance dos escopos da política setorial.

## 7. CONCLUSÃO

O presente artigo debruçou-se sobre o arcabouço teórico que ampara os modelos de regulação e os aspectos legais, jurisprudenciais e doutrinários concernentes às espécies de prorrogação contratual, de modo a traçar as inter-relações entre os institutos.

Concluímos que, em virtude da distinção entre as premissas econômico-financeiras adotadas por cada um dos arranjos regulatórios – regulação contratual e regulação discricionária –, há consequentemente diferentes implicações, nesses ambientes regulatórios, em relação às três principais espécies de prorrogação: ordinária, extraordinária e mediante contrapartida, esta última segundo a regulamentação delimitada pela Lei Estadual nº 16.993/2019.

---

<sup>73</sup> SÃO PAULO, 2019, art. 7º.

No modelo de regulação contratual, a prorrogação ordinária implica injustificável vantagem ao concessionário, uma vez que a receita obtida na exploração do objeto contratual por prazo adicional seria, nessa hipótese, desvinculada de investimentos e riscos, rompendo com a relação de equivalência originária do contrato. Por outro lado, as prorrogações extraordinária e mediante contrapartida possuem racionalidade compatível com esse modelo regulatório: no primeiro caso, o prazo estendido servirá para reequilibrar a equação econômico-financeira desbalanceada pela ocorrência de evento cujo risco não foi contratualmente alocado à concessionária; no segundo, servirá como elemento temporal necessário e suficiente para amortizar os investimentos incluídos na prorrogação, ou mesmo reequilibrar o contrato.

No modelo de regulação discricionária, por sua vez, a lógica é oposta, em razão das diferenças de premissas concernentes ao modo de fixação da tarifa e à política de investimentos. Nesse contexto regulatório, o ciclo tarifário, que tem um curto horizonte temporal, é parametrizado para gerar receitas necessárias e suficientes para amortizar a parcela dos ativos considerados naquele ciclo mediante taxa de remuneração do capital, não gerando excedentes ao concessionário além da chamada “justa remuneração”, o que significa matematicamente que o valor presente líquido (VPL) de cada ciclo é igual a zero. Por isso a prorrogação extraordinária é divorciada da lógica econômica da regulação discricionária, uma vez que a extensão temporal não é apta a gerar excedente ao concessionário de modo a servir como medida contraposta ao desequilíbrio sofrido.

Quanto à prorrogação mediante contrapartida disciplinada pela Lei Estadual nº 16.993/2019, a regulação discricionária não se ajusta à sua lógica. A premissa desse ambiente regulatório é justamente a constante inclusão de novos investimentos a cada ciclo tarifário, não havendo definição nem no edital, nem no aditivo de prorrogação, dos investimentos que serão realizados, mas somente as metas a serem atingidas; não há, portanto, necessidade de se valer da nova lei para a inclusão de novos investimentos.

De outro lado, à luz da dinâmica tarifária e de investimentos, a prorrogação ordinária do contrato se revela compatível com o ambiente de regulação discricionária, porquanto não implica excedentes ao concessionário além do usual para firmas do mesmo setor, mantendo-se a relação de equivalência de encargos e vantagens original do contrato.

Nessa perspectiva, sopesados os diversos aspectos presentes na tomada de decisão, a Administração pode se valer da prorrogação como instrumento regulatório, desempenhando relevante função para a tutela do interesse público, notadamente nas hipóteses em que se verifique a vantajosidade pública da prorrogação e a prestação socialmente satisfatória dos serviços.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Contrato de concessão nº 15/2021-ANEEL.** Brasília, DF: ANEEL, 2021. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/contratos-de-transmissao>. Acesso em: 3 dez. 2021.

**AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nota técnica final NTF 0071/2016.** Metodologia e critérios para 2<sup>a</sup> Revisão Tarifária Ordinária (RTO) da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. São Paulo: Arsesp, 2016. Disponível em: [http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NOTA\\_TECNICA\\_FINAL\\_NTF-%200071-2016.pdf](http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NOTA_TECNICA_FINAL_NTF-%200071-2016.pdf). Acesso em: 3 dez. 2021.

**AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nota técnica para consulta pública nº 02/2010.** Metodologia e critérios para determinação da base de remuneração regulatória dos ativos dos serviços de saneamento básico prestados pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. São Paulo: Arsesp, 2010. Disponível em: [http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/Nota\\_Tecnica-final.pdf](http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/Nota_Tecnica-final.pdf). Acesso em: 3 dez. 2021.

**AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nota técnica preliminar NTF 0015-2021.** Proposta de cálculo da margem máxima, fator X e estrutura tarifária. 4<sup>a</sup> Revisão Tarifária Ordinária da Gás Natural São Paulo Sul S.A. – Naturgy. São Paulo: Arsesp, 2021. Disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/BancoDadosAudicienciasPublicasArquivos/NTF-0015-2021.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2021.

**ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de.** Comentário ao artigo 25, § 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 760.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BARBOSA, Alessandra Andrade França; FERRAZ, Luciana Martin; ARIZA, Marília Bueno de Araújo; SILVA, Paula Souza da; MATTOS, Renato de. **O gás como energético no estado de São Paulo – gás natural: breve história do energético no mundo e sua aplicação em São Paulo.** São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: [https://eletromemoria.fflch.usp.br/files/08.pdf](https://eletromemoria.fflch.usp.br/sites/eletromemoria.fflch.usp.br/files/08.pdf). Acesso em: 3 dez. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. *In:* PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). **Direito da infraestrutura.** São Paulo: Saraiva, 2017. Série GVLaw v. 2, p. 173-213.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Lei n. 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 n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e rellicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1-3, 6 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1-8, 16 jul. 2020.

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 1.549.406/SC.** Processual civil e administrativo. Concessão de serviço público. Transporte. Prorrogação do contrato sem licitação para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Impossibilidade. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: ExpressocoletivoForquilhinhaLtda;ExpressoRioMainaLtda;Autoviação Critur Ltda; Zelindo Trento e cia Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin, 16 de agosto de 2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502007810&dt\\_publicacao=06/09/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502007810&dt_publicacao=06/09/2016). Acesso em: 3 dez. 2021.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 34.203.** Contrato de concessão de usina hidrelétrica. Prorrogação contratual. Cláusula de natureza discricionária. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da segurança pelo STJ. Manutenção da decisão recorrida. Recurso ordinário não provido. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S.A. Recorrido: União. Relator: Ministro Dias Toffoli, 21 de novembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>. Acesso em: 3 dez. 2021.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo em Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347.** Direito constitucional e processual penal. Illegitimidade ativa de amicus curiae para pleitear tutela provisória incidental em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Referendo. Ampliação do objeto da causa principal e concessão de medida cautelar de ofício. Impossibilidade. Não referendo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 18 de março de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753146163>. Acesso em: 3 dez. 2021.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança n. 27.008.** Acórdão do Tribunal de Contas da União que determinou a não-prorrogação de contrato administrativo. Inexistência de direito líquido e certo. Impetrante: J. N. Trindade Conservação e Limpeza Ltda. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ayres Britto, 17 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609267>. Acesso em: 3 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1.446/2018**. Processo n. 030.098/2017-3 (Relatório de acompanhamento). Relator: Ministro Bruno Dantas, 26 de junho de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 3 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.876/2019**. Processo n. 009.032/2016-9 (Relatório de acompanhamento). Relator: Ministro Augusto Nardes, 17 de novembro de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>. Acesso em: 3 dez. 2021.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado? **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 41, p. 285-287, 2014.

CANTO, Mariana Dall'Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relíctação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 281-294.

CARVALHO, Vinicius Marques de. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Coleção direito econômico e desenvolvimento, v. 1.

FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. Prorrogação dos contratos de parcerias no estado de São Paulo: reflexões acerca da constitucionalidade da lei estadual nº 16.933/2019 a partir dos parâmetros definidos na ADI 5991. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coord.). **Experiências práticas em concessões e PPP: estudos em homenagem aos 25 anos da lei de concessões**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. II: execução, controle e exercício de funções públicas por concessionário. p. 61-76.

FREITAS, Rafael Véras de. As prorrogações e a relíctação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relíctação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 633-653.

FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relíctação.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 371-388.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação.** São Paulo: Malheiros, 2019.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. Prorrogação contratual e relíctação nº 13.448/17: perguntas e respostas. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relíctação.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 621-631.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani; SANGUINÉ, Odone. Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. *Direito & Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 201-221, 2019.

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

LOSINSKAS, Paulo Victor Barchi. **Extinção e prorrogação de contratos de serviços públicos.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MASSARA, Vanessa Meloni. Breve relato sobre a expansão da coleta e tratamento de esgotos – São Paulo, Brasil (1900-2000). **História Unicap**, Recife, v. 4, n. 8, p. 174-187, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Lucas Navarro; GAMELL, Denis Austin. Regulação econômica de infraestrutura e equilíbrio econômico-financeiro: reflexos do modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio a ser adotado. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Tratado do equilíbrio*

**econômico-financeiro:** contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 251-269.

PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. Série GVLaw, v. 2, p. 411-448.

SANVICENTE, Antonio Zoratto. Problemas de estimação de custo de capital de empresas concessionárias no Brasil: uma aplicação à regulamentação de concessões rodoviárias. *RAUSP*, São Paulo, v. 47. n. 1, p. 81-95, 2012.

SÃO PAULO. *Contrato de concessão n. CSPE/01/99 para exploração de serviços públicos de distribuição de gás canalizado*. São Paulo: Comissão de Serviços Públicos de Energia, 1999.

SÃO PAULO. Lei complementar n. 1.025, de 7 de dezembro de 2007. Transforma a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE e, Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, dispõe sobre os serviços públicos de saneamento básico e de gás canalizado no Estado, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1, 8 dez. 2007.

SÃO PAULO. *Lei n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019*. Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1-3, 25 jan. 2019.

SÃO PAULO. *Lei n. 17.383, de 5 de julho de 2021*. Dispõe sobre a criação de unidades regionais de saneamento básico. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1, 6 jul. 2021.

VIANA, Camila Rocha Cunha. *Impactos da abertura de capital de empresas estatais na prestação de serviços públicos de saneamento básico: um estudo de caso da Sabesp*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Economia de São Paulo, São Paulo, 2020.

# O USO DE CONTAS VINCULADAS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO: ESTRUTURAÇÃO, FINALIDADE E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Glenderson Blaser Petarli<sup>1</sup>

Guilherme Martins Pellegrini<sup>2</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – A face prática do equilíbrio econômico-financeiro; 3 – A instituição de contas vinculadas nos recentes contratos de concessão rodoviária do estado de São Paulo; 3.1 – Contratos de Concessão nº 352/Artesp/2017 e nº 359/Artesp/2017; 3.2 – Contrato de Concessão nº 0409/Artesp/2020; 4 – Fundamentos jurídicos; 4.1 – A outorga como fonte de recurso das contas; 4.2 – O uso de bancos privados para operacionalização das contas; 4.3 – O respeito aos princípios orçamentários e o aval dos órgãos de controle; 5 – Como um sistema de contas vinculadas potencializa as alternativas de estruturação de concessões; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** Ante a projeção de que aumentará a frequência com que reequilíbrios econômico-financeiros de contratos de concessão sejam necessários, devido à assunção de mais riscos por parte do poder concedente, discute-se as vantagens e a possibilidade jurídica da estruturação de sistema

---

1 Procurador do estado de São Paulo, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Atualmente, classificado na Consultoria Jurídica da Agência de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp).

2 Procurador do estado de São Paulo, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestre em Direito dos Negócios pela Fundação Getulio Vargas (FGV-SP). Atualmente, exerce a chefia da Consultoria Jurídica da Artesp.

de contas vinculadas como mecanismo para prover recursos e conferir liquidez às recomposições contratuais. Para operacionalização própria de tal sistema, descrevemos seu funcionamento bem como os fundamentos jurídicos que sustentam o mecanismo. Por fim, ilustramos como um sistema de contas vinculadas ainda pode ser generalizado para ampliar as possibilidades de estruturação de projetos de concessão, para além das opções tradicionalmente adotadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos de concessão. Contas vinculadas. Estruturação de projetos de concessão.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Já é amplamente disseminada, na prática nacional, a repartição própria de riscos nos contratos de concessão, afastando a regulação atual daquela praticada nas desestatizações promovidas na década de 1990, na qual a quase totalidade dos riscos relacionados ao projeto era transferida ao parceiro privado, em matriz que praticamente replicava o modelo da antiga Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

A análise da adequada repartição de riscos contratuais, contudo, se dá em geral no plano de vista teórico, com uma reflexão acerca da maneira mais eficiente de dividi-los, com vistas a maximizar os ganhos sociais derivados do contrato.

No entanto, pouca atenção se dá às consequências práticas de uma repartição extensiva de riscos, aumentando o peso e as dificuldades da adequada execução contratual.

Destarte, num cenário em que reequilíbrios contratuais se façam cada vez mais frequentes, defendemos neste artigo as vantagens e a possibilidade jurídica da previsão de mecanismo interno ao contrato, consistente no uso de contas vinculadas, como forma de prover recursos e liquidez para a recomposição contratual. O diagnóstico é de que um mecanismo da espécie facilita o processo de reequilíbrio econômico-financeiro, diminuindo o uso de métodos de reequilíbrio politicamente sensíveis, ao mesmo tempo em que confere segurança ao ajuste ao manter a atualidade da equação contratual.

## 2. A FACE PRÁTICA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Uma das marcas dos contratos de concessões nacionais firmados no aprofundamento das desestatizações na segunda metade da década de 1990 foi a ausência de uma detalhada repartição de riscos.

A resistência, talvez derivada de uma interpretação literal da conceituação de “concessão de serviço público”, trazida pelo art. 2º, II, da Lei federal nº 8.987/1995, levava à compreensão de que não haveria qualquer espaço legal para uma alocação contratual dos riscos envolvidos na prestação de um serviço sob concessão, na medida em que a lei determina que a concessão de serviço público deva ser desenvolvida por uma concessionária “por sua conta e risco”.

Ocorre que tal entendimento conduzia a um encarecimento do projeto em razão da especificação de todos os seus riscos nas propostas apresentadas no processo licitatório, indo de encontro a princípios basilares das concessões de serviço público, como a eficiência e a modicidade tarifária.

Tal linha interpretativa, ademais, ainda ignorava que o próprio art. 65, II, “d”, da Lei federal nº 8.666/1993, legitima a alocação contratual de riscos, mesmo os tradicionalmente arrolados como “álea econômica extraordinária”, já que a delimitação legal dos riscos à Administração contratante é aplicável exclusivamente nas hipóteses em que não existir disciplina em sentido contrário no próprio contrato, configurando, como consequência, uma “álea econômica extracontratual”.

Consequentemente, inexiste, de fato, qualquer vedação legal a que se estabeleça, por força contratual, a alocação adequada dos riscos envolvidos em uma específica prestação de serviços públicos. Em outras palavras, a previsão do art. 2º, II da Lei federal nº 8.987/1995, segundo o qual a concessionária deve explorar o serviço público por sua conta e risco, não significa que todos os riscos da concessão devam ficar a seu cargo.

No atual cenário, esse entendimento parece consolidado, dado que os contratos de concessão mais recentes trazem extensa divisão de riscos, sem que tal fato em si seja tido por ilegal. A título de exemplo, o último contrato de concessão celebrado pela Agência de Transporte do Estado

de São Paulo (Artesp) contém um rol de nada menos do que 20 riscos assumidos pelo poder concedente<sup>3</sup>.

Nesse cenário, são muito discutidos os critérios a serem observados para uma alocação ótima dos riscos envolvidos na prestação dos serviços concedidos, o que, em geral, segue a compreensão de que, uma vez identificados, devem ser alocados seguindo o princípio básico de que o risco deve ser atribuído a quem tem melhor condição de gerenciá-lo, prevenindo sua ocorrência ou suportando suas consequências caso se materialize<sup>4</sup>.

Ademais, uma divisão extensiva de riscos não quer dizer que haverá maior onerosidade ao poder concedente. Em realidade, com a alocação eficiente de mais riscos ao Estado, viabiliza-se melhor resultado financeiro da concessão – refletido na proposta vencedora da licitação –, resultado positivo este que, a princípio, será maior do que o valor que futuramente será arcado a título de desequilíbrios, ao menos sob um ponto de vista teórico (partindo-se da premissa de que a alocação seja feita adequadamente e que, não fosse esta alocação, a precificação do risco pelos licitantes teria sido realizada de modo condizente com o risco efetivamente assumido).

Pouca atenção se dá, contudo, aos desafios que emergem de uma detalhada repartição de riscos. Logicamente, com a maior assunção de riscos pela Administração, a necessidade de reequilíbrio em prol das concessionárias se fará cada vez mais presente, medida que nunca se revela politicamente fácil. Mais sensível ainda, para o ator político responsável pela medida, deriva do fato de que muitos contratos se encontram em campos regulados, nos quais o procedimento de restabelecimento do equilíbrio contratual está dividido em duas etapas: o reconhecimento do desequilíbrio contratual e a promoção do reequilíbrio. Na primeira etapa, é avaliado se efetivamente foi verificado um evento de desequilíbrio, isto é, se houve a materialização de um risco cujas consequências são arcadas

---

3 Contrato nº 0409/Artesp/2020.

4 Cf. PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 155/182, jun. 2006; GRAEFF, Fernando. *Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus*. Brasília, DF: ISC, 2011, p. 5.

pela parte à qual o risco não foi alocado. Essa etapa é normalmente feita por uma agência reguladora nos setores em que exista, sem que o poder concedente tenha competência decisória.

Assim, ao agente responsável pelo reequilíbrio caberá cada vez mais seu reestabelecimento sem que seja possível evitar a materialização de novos eventos de desequilíbrio – tanto pelo fato de os contratos contarem com uma divisão própria dos riscos, quanto pelo reconhecimento dos riscos se dar por parte de uma agência externa que, se bem estruturada, atuará de modo independente.

Diante de tal desafio, não é incomum que a última etapa do reequilíbrio econômico-financeiro (a escolha e efetiva implementação da modalidade cabível) ou demore muito a ser implementada ou, no mais das vezes, resulte na escolha da modalidade politicamente menos sensível.

Nenhum dos caminhos traz o efeito mais benéfico às partes envolvidas. No primeiro lado, até mesmo por conta de previsão legal, há um desrespeito à atualidade que deve acompanhar o equilíbrio contratual.

Pontua a Lei nº 8.987/1995, no seu art. 9º, §4º, que, “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”. A leitura do dispositivo não deve ensejar a interpretação, porém, de que todo reconhecimento de desequilíbrio contratual deva ser feito de forma concomitante com o reequilíbrio contratual. E isso pelo simples fato de que, na grande maioria das vezes, o reconhecimento do desequilíbrio vai tratar de fatos pretéritos, ou seja, fatos jurídicos que, subsumidos à matriz de riscos contratual, são considerados como um evento de desequilíbrio do contrato.

Logicamente, quando a alteração do contrato é feita pelo próprio poder concedente, então estamos diante de situação especial que facilita que os atos sejam completados no mesmo momento. Isso porque, ao atuar diretamente sobre o contrato, alterando seu equilíbrio inicial, é possível que o poder concedente já programe de antemão como deverá ser feita sua recomposição. De outra parte, isso não ocorre com o reconhecimento de desequilíbrios em virtude da ocorrência de outros fatos que não guardam relação com a atuação estatal. Dessa forma, o dispositivo do art. 9º, §4º, deve ter interpretação restritiva, a exigir

que a recomposição do equilíbrio contratual concomitante ao desbalanceamento contratual seja obrigatória apenas nos casos em que a origem do evento de desequilíbrio for uma alteração unilateral do contrato.

Ademais, como apresentado, o procedimento de reequilíbrio pode ser separado em dois atos administrativos próprios, muitas vezes praticados por atores distintos, os quais guardam características próprias, sendo inviável que os dois atos sejam completados no mesmo momento.

No mais, diversos fatores dificultam que os atos sejam praticados de maneira concomitante. O mais recomendável, como posto anteriormente, é que o reequilíbrio leve em consideração o contrato como um todo, ao invés de um evento isolado, de modo a manter o contrato globalmente atualizado na perspectiva econômico-financeira. Por consequência, e levando-se em conta que os diferentes eventos de desequilíbrio serão decididos em momento distinto, a dificuldade em recompor o contrato a cada vez que um desequilíbrio for reconhecido é enorme. Ademais, é natural que surjam eventos de desequilíbrio favoráveis e contrários a cada uma das partes do contrato, de modo que – para conferir segurança e respeitar os direitos de cada uma das partes – é conveniente que os diferentes desequilíbrios sejam consolidados e compensados em um cálculo próprio antes da promoção do reequilíbrio contratual. Afinal, parece não fazer sentido, por exemplo, prorrogar um contrato de concessão por seis meses para que, logo em seguida, seja reduzido no mesmo patamar. Em vez disso, convém que as alterações contratuais resultem em modificações dos termos pactuados que tragam consigo razoável previsibilidade. Isto é, além da evidente necessidade de conferir eficiência ao processo, dada a complexidade desses procedimentos e a escassez de recursos, é necessário conferir segurança à relação contratual, inclusive para agentes externos (como financiadores), evitando-se constantes alterações contratuais que não representem, no momento em que celebradas, a consolidação do estado vigente do contrato.

Destarte, é recomendável que a disciplina contratual, em vez de impor que os atos sejam praticados no mesmo momento, traga incentivos ou até mesmo fixe prazos para que os desequilíbrios não demorem muito para ter reconhecimento e, de outro lado, preveja que, periodicamente, o contrato seja revisto a fim de ser reequilibrado, levando-se em consideração todos os desequilíbrios reconhecidos

até então. Aqueles que ainda não tiveram deliberação aguardam, assim, o próximo ciclo de revisão contratual. Essa é a solução atualmente imaginada para que desequilíbrios contratuais não demorem muito a ser tratados – a previsão de revisões contratuais periódicas nas quais todos os eventos de desequilíbrio até então ocorridos devem ter tratamento.

A dificuldade maior reside no segundo problema. Ainda que o contrato tenha previsão de revisões periódicas, como assegurar que ela realmente será finalizada, com a efetiva implementação de um mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro? Com efeito, os mecanismos tradicionalmente utilizados para reequilíbrio contratual têm limitações que podem dificultar e, no limite, inibir que sejam efetivamente postos em prática.

Logicamente, encontram-se à disposição do poder concedente mecanismos de reequilíbrio contratual que independem da utilização de verbas públicas, a exemplo do aumento tarifário ou da prorrogação do prazo de vigência contratual. Importante notar, contudo, as desvantagens que emergem de tais mecanismos.

No setor de transporte, por exemplo, o aumento tarifário esbarra nas seguintes dificuldades: (i) setores de baixa renda tendem a ser mais dependentes da rede de transporte público e, logo, mais afetados por altas tarifas; (ii) em caso de transporte público, incentiva-se a migração para meios privados de transporte, com impactos nas vias e rodovias diante da menor eficiência logística desses meios para lidar com transporte de grande contingente de pessoas; (iii) a depender, naturalmente, da elasticidade da demanda, o aumento tarifário pode reduzir a demanda respectiva pela exploração da infraestrutura, podendo gerar nova controvérsia para ser lidada pelas partes caso se deseje internalizar a respectiva diminuição da demanda no cálculo do reequilíbrio; (iv) gera-se aumento nas taxas de evasão do pagamento; e (v) recrudescem-se as condições de trabalho dos setores menos favorecidos, impactando a produtividade e em última instância o bem-estar social.

Assim, um aumento tarifário sempre será sensível ao administrador público, sendo muitas vezes renegado pela esfera política inclusive por questões técnicas de política pública, e não somente por uma infundada recusa do administrador em efetuar o reequilíbrio devido.

Por sua vez, um aumento do prazo de vigência da concessão costuma ser o mecanismo mais sedutor ao agente público responsável pela tomada de decisão, dado que não compromete verbas públicas imediatas e contorna os fatores negativos descritos acima – além do desgaste político – de promover um aumento tarifário.

Contudo, há de se lembrar das desvantagens próprias da utilização da prorrogação do prazo de vigência da concessão. Não raro, costuma ser o mecanismo com maior custo ao poder público (ainda que indireto), dado que o início da recomposição contratual efetiva apenas se dará no termo original do contrato, de modo que o desequilíbrio econômico-financeiro será capitalizado por todo o período pela taxa definida contratualmente para tanto. Especialmente quando o desequilíbrio assume vulto significativo, é conveniente ao poder público, assim, “estancar” o desequilíbrio, utilizando algum mecanismo de reequilíbrio que importe na imediata aferição de receitas ou diminuição de custos por parte do concessionário. Em casos de desequilíbrios de grande vulto, a prorrogação do prazo de vigência da concessão pode sequer ser suficiente para o reequilíbrio contratual – devido ao carregamento do desequilíbrio para o final do contrato – necessitando ser conjugada com algum outro mecanismo. Ademais, há de se lembrar de que o reequilíbrio contratual também deve levar em conta o fluxo financeiro do concessionário, é dizer, em casos nos quais a solvência do ente privado restar comprometida em virtude do desequilíbrio contratual, não haverá espaço para que o reequilíbrio somente seja feito no término do contrato original, ainda que em patamar suficiente para que, do ponto de vista econômico, o contrato reste, ao final, equilibrado. Por fim, a prorrogação do prazo de concessão, ao postergar o encerramento do contrato, também prorroga o início da subsequente licitação, a qual pode trazer resultados mais atrativos ao poder concedente ante a disputa do ativo em ambiente concorrencial. Frise-se que, por vezes, a nova licitação é feita com previsões contratuais mais aderentes às melhores práticas, além de melhor refletir projeções de custos e receitas do projeto, dada a experiência dos anos de operação já conhecidos.

De outro lado, o financiamento por meio de recursos públicos terá que concorrer com todos os demais pleitos estatais para utilização de recursos públicos, enfrentando dificuldades na escassez de verbas em cenários

de crise fiscal, ou mesmo na existência de projetos outros com maiores retornos sociais. Ademais, também esbarra (i) nas restrições fiscais eventualmente existentes; (ii) no pagamento indireto do projeto por aqueles que não serão por ele beneficiados; e (iii) considerando a regressividade do sistema tributário brasileiro, no pagamento de parcela desproporcional do projeto por setores menos favorecidos economicamente.

Diante de tal panorama, é conveniente e recomendável que o planejamento de uma concessão preveja a estruturação, interna ao próprio projeto, de mecanismos para garantir liquidez imediata a eventos de desequilíbrios econômico-financeiros. Um mecanismo adotado no panorama nacional foi a previsão, nos últimos contratos de concessão celebrados pela Artesp e, mais recentemente, em projetos licitados pelo governo federal, da existência de contas reservas no contrato, alimentadas por meio de receitas do próprio projeto, e que se destinam a diversificadas funções.

Nesse cenário, em vez de empilhar críticas ao administrador público que não efetiva o reequilíbrio contratual – rotulando-o como mero descumpridor de contratos –, advogamos pelos benefícios da instituição de mecanismo contratual próprio que torne menos árdua sua tarefa. Pondo-nos na visão do médico, é preciso não apenas ministrar remédio ao paciente, mas facilitar sua vida.

### **3. A INSTITUIÇÃO DE CONTAS VINCULADAS NOS RECENTES CONTRATOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

#### **3.1. Contratos de Concessão nº 352/Artesp/2017 e nº 359/Artesp/2017**

Os primeiros contratos de concessão rodoviária celebrados no âmbito do estado de São Paulo que contaram com um mecanismo de contas bancárias, voltado a concentrar a movimentação das receitas oriundas do projeto, foram os Contratos nº 352/Artesp/2017 e nº 359/Artesp/2017. Esses contratos delegaram, respectivamente, o Lote Centro-Oeste Paulista à Entrevias Concessionária de Rodovias S/A, e o Lote Rodovias dos Calçados à ViaPaulista S/A. A disciplina neles

veiculada é muito próxima, por vezes coincidente, de modo que será tomado por parâmetro na exposição deste tópico apenas o regramento contido no Contrato nº 352/Artesp/2017, a fim de evitar repetições ociosas.

Pelo regramento, a concessionária se obrigou a celebrar contrato particular de administração de contas com um banco depositário, agente financeiro remunerado pela concessionária e revestido de poderes para realizar a movimentação de recursos e a administração das contas bancárias. O contrato previu ainda a abertura de seis contas distintas pelo banco depositário, quais sejam, a Conta Centralizadora, a Conta IQD, a Conta de Ajuste da Concessão, a Conta OF, a Conta OV e a Conta Vinculada. Com exceção desta última, todas as demais são de movimentação exclusiva pelo banco depositário.

A Conta Centralizadora, de titularidade da concessionária, é aquela para a qual deve ser vertida a totalidade das receitas tarifárias oriundas da concessão. Os recursos nela depositados são direcionados às demais contas, segundo a disciplina preestabelecida no contrato de administração de contas. Nesse sentido, parcela dos valores depositados será potencialmente descontada da remuneração da concessionária em razão da incidência dos indicadores de desempenho previstos no contrato de concessão, sejam aqueles relativos às funções operacionais e de conservação (Índice de Qualidade e Desempenho), sejam aqueles respeitantes às funções de ampliação (Desconto por Atraso ou Inexecução de Obras).

A receita tarifária efetivamente devida à concessionária poderá ser reduzida em até 10% pela incidência de tais indicadores, a depender da sua performance na execução do serviço público delegado. O montante descontado, isto é, a diferença entre a receita tarifária bruta e a receita tarifária devida à concessionária, constitui o saldo tarifário em favor do poder concedente e tem sua destinação predeterminada pelo próprio contrato de concessão, podendo ser utilizado, na ocasião das revisões ordinárias e a critério da Artesp, para fins de modicidade tarifária, para investimentos relacionados às demandas apresentadas por cidadãos, entidades privadas e Administração Pública, e para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, nesta ordem de prioridade.

O intuito da Conta Centralizadora é, portanto, criar um mecanismo que garanta o recebimento do saldo tarifário por parte do poder

concedente, mas reservando-o para uso no próprio projeto e, também, centralizar o recebimento da remuneração da concessão em uma conta à qual os financiadores terão acesso, caso executem garantias que lhes permitam receber as receitas oriundas do projeto.

O saldo tarifário em favor do poder concedente deverá ser apurado e transferido diariamente à Conta IQD. Mensalmente, a totalidade do saldo apurado no mês-calendário de referência deverá ser transferida à Conta de Ajuste da Concessão, de titularidade do poder concedente, para emprego segundo as finalidades contratuais apontadas linhas acima.

Além das contas abordadas, previu-se ainda a Conta OF, de titularidade da Artesp, para a qual é destinado o ônus de fiscalização, que corresponde a um percentual da receita tarifária bruta oriunda da concessão, a fim de custear as atividades desempenhadas pela Agência Reguladora. O saldo mensal do ônus de fiscalização depositado na Conta OF deve ser transferido, no mês seguinte ao de referência, a outra conta da Artesp, por ela indicada e externa a esse mecanismo de contas.

À Conta OV, aberta em favor do poder concedente, são direcionados os valores relativos à outorga variável, devida pela concessionária também como percentual da receita tarifária bruta. Do mesmo modo como ocorre na Conta OF, no mês seguinte ao de referência, os valores vertidos diariamente à Conta OV serão transferidos à conta que o poder concedente indicar.

Efetuadas as transferências enumeradas, o saldo remanescente será endereçado então da Conta Centralizadora à Conta Vinculada, de titularidade da concessionária e por ela passível de movimentação. Diferentemente do que ocorre em relação à Conta Centralizadora, a concessionária poderá constituir, gravame sobre a Conta Vinculada, os recursos nela depositados e os direitos creditórios dela decorrentes, para garantir suas obrigações com terceiros, incluindo as obrigações decorrentes dos contratos de financiamento, desde que obtenha prévio consentimento da Artesp.

Em conclusão, o contrato previu que, havendo insuficiência de recursos na Conta Centralizadora para cobrir todas as transferências apontadas, será observada uma ordem de prioridade. Primeiro, destina-se o saldo tarifário em favor do poder concedente, decorrente da

incidência dos indicadores de desempenho, à Conta IQD e à Conta de Ajuste da Concessão, conforme a sistemática descrita. Na sequência, transfere-se o valor da outorga variável à Conta OV e, depois, o ônus de fiscalização devido à Artesp à Conta OF. Só então o montante eventualmente remanescente será endereçado à Conta Vinculada, titularizada pela Concessionária.

### **3.2. Contrato de Concessão nº 0409/Artesp/2020**

Mais recentemente, foi celebrado o Contrato de Concessão nº 0409/Artesp/2020, abrangendo o conjunto de rodovias denominado Lote Piracicaba-Panorama, que passou a ser administrado pela concessionária Eixo SP S/A. À época o projeto, representava a maior concessão rodoviária do país, totalizando 1.273 quilômetros de rodovias que atravessam 62 municípios paulistas, além de investimentos previstos na ordem de 14 bilhões de reais<sup>5</sup>. Dada a magnitude do projeto, a disciplina contratual recebeu uma dose extra de sofisticação, que refletiu também no regramento do seu mecanismo de contas.

O contrato de administração de contas firmado no âmbito dessa concessão previu a abertura de oito contas: Conta Centralizadora Receitas Tarifárias, Conta Centralizadora Receitas Acessórias, Conta Reserva de Outorga 1, Conta Reserva de Outorga 2, Conta de Ajuste da Concessão, Conta de Fiscalização, Conta Vinculada dos Financiadores e Conta de Livre Movimentação. As cinco primeiras são movimentáveis exclusivamente pelo banco depositário e foram nominadas pelo contrato como Contas Vinculadas, podendo ser utilizadas somente para as finalidades previstas no instrumento contratual. Por sua vez, a Conta de Livre Movimentação será movimentável unicamente pela concessionária.

Como os nomes sugerem, na Conta Centralizadora Receitas Tarifárias, será depositada a totalidade da receita tarifária auferida pela concessionária na exploração do sistema rodoviário, ao passo que a Conta Centralizadora Receitas Acessórias receberá os valores correspondentes à totalidade dos recursos decorrentes das receitas acessórias.

---

<sup>5</sup> Ao que se tem notícia, apenas a nova licitação federal da Rodovia Dutra superou, em termos de investimento, o projeto Piracicaba-Panorama entre as concessões rodoviárias nacionais.

Nas datas e condições previstas no contrato de concessão, a Artesp enviará ao banco depositário notificação informando o percentual da receita tarifária bruta que deverá ser direcionado da Conta Centralizadora Receitas Tarifárias para a Conta de Ajuste da Concessão. Esse percentual corresponde ao saldo tarifário em favor do poder concedente e diz respeito aos descontos decorrentes da incidência dos indicadores de desempenho, em sistemática similar àquela já descrita quando da abordagem dos contratos referidos no tópico antecedente.

À Conta Reserva de Outorga 1, será transferido o percentual de 4% do saldo de ambas as Contas Centralizadoras, a título de outorga variável, parte do qual será destinado a cobrir os custos decorrentes da aplicação do desconto de usuário frequente (“DUF”), mecanismo inovador que importa a concessão de descontos progressivos a usuários que utilizam repetidamente o sistema concedido, a fim de garantir modicidade tarifária. Todo o impacto econômico-financeiro resultante desse mecanismo foi contratualmente alocado ao poder concedente, de modo que a reserva de percentual da outorga variável tem por objetivo garantir a liquidez necessária para reequilibrar o contrato devido à incidência dos descontos. Também será transferida, à Conta Reserva de Outorga 1, a totalidade dos recursos provenientes do pagamento da outorga fixa.

A Conta Reserva de Outorga 2 receberá o montante de 3% dos valores depositados nas Contas Centralizadoras, que, anualmente, será total ou parcialmente transferido para a Conta Vinculada dos Financiadores, a título de eventual recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, ou então para conta corrente a ser indicada pelo poder concedente. É possível ainda que recursos contidos na Conta Reserva de Outorga 2 sejam direcionados, conforme determinado pela Artesp, para a Conta de Livre Movimentação da concessionária, em razão do acionamento da compensação referente ao mecanismo de proteção cambial previsto no contrato de concessão.

A partir da assinatura do contrato de administração de contas, o banco depositário deverá também transferir, diariamente à Conta de Fiscalização, o ônus de fiscalização devido à Artesp, no percentual equivalente a 1,5% do saldo das Contas Centralizadoras. O ônus de fiscalização constitui receita da Artesp, voltada a custear as atividades de sua competência.

Após a conclusão de todas as transferências aqui elencadas, o banco depositário deverá então destinar o saldo remanescente nas Contas Centralizadoras à Conta Vinculada dos Financiadores, aberta em nome da concessionária e mantida em favor dos financiadores do projeto.

Dessa forma, o que os mecanismos dos dois contratos basicamente proporcionam, primeiramente, é a vinculação ao projeto todos os recursos decorrentes dele, inclusive a outorga fixa e variável. Em seguida, somente são destinados ao poder concedente, para livre movimentação, as verbas que não sejam necessárias para assegurar liquidez às necessidades de recursos que porventura surjam ao longo da concessão. De outro lado, apenas são destinadas à livre movimentação da concessionária as receitas que não forem descontadas quando de sua passagem pela conta, a exemplo da satisfação de pagamentos devidos ao poder concedente e à agência reguladora respectiva, ou glosas em virtude do descumprimento de níveis de serviço previstos contratualmente.

Exposto em linhas gerais o funcionamento dos mecanismos de contas bancárias, é importante abordar os principais questionamentos de natureza jurídica que podem surgir a respeito da sistemática, os quais, segundo entendemos, são incapazes de contaminar sua legalidade.

## 4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 4.1. A outorga como fonte de recurso das contas

Como decorre do funcionamento descrito anteriormente, o intuito do sistema de contas vinculadas é criar um mecanismo que garanta o recebimento do saldo tarifário por parte do poder concedente, que será utilizado para as finalidades contratuais próprias – em última análise, sobretudo para assegurar a existência de recursos necessários à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato nas situações previstas – e, também, centralizar o recebimento da remuneração da concessão em uma conta à qual os financiadores terão acesso caso executem garantias que lhes permitam receber as receitas oriundas do projeto.

Dessa forma, a implantação de um mecanismo da espécie é oportuna para conferir segurança às partes envolvidas no projeto e, também,

para garantir que o poder concedente tenha recursos de imediato à disposição caso haja materialização de algum evento de desequilíbrio.

Na licitação que resultou no Contrato de Concessão nº 0409/Artesp/2020, por exemplo, dois riscos foram notados como sensíveis durante a estruturação do projeto. Um relativo à instituição de desconto no valor das tarifas conforme a frequência com que os usuários se utilizam da rodovia (DUF, conforme explanado acima), e outro relativo à variação cambial em caso de financiamento em moeda estrangeira. No primeiro caso, o poder concedente assumiu o risco relativo à perda de arrecadação tarifária, ao passo que, no segundo caso, assumiu o risco de variação cambial. Contudo, dado que ao menos uma pequena parcela dos usuários utilizará os descontos por frequência, já há expectativa de que o risco será materializado ao longo da execução contratual. Outrossim, caso celebrado financiamento do projeto em moeda estrangeira, também se concretizará o risco cambial, quer em favor do poder concedente ou da concessionária, em caso de variação na cotação do dólar em relação ao real.

Diante desse panorama, foram previstas duas contas reservas específicas para já conferir liquidez para tais situações. Uma das contas será destinada a garantir liquidez ao montante necessário para reequilibrar o contrato em virtude da aplicação do desconto por frequência, e uma segunda se destina a resguardar saldo suficiente para reequilibrar o contrato por conta do risco cambial assumido pelo poder concedente.

Para além dessas duas contas, ainda existe uma terceira conta na qual são depositados descontos na remuneração da concessionária em virtude do descumprimento de indicadores de desempenho, a qual, por sua vez, pode ter valores utilizados para (i) modicidade tarifária do sistema; (ii) viabilização de novos investimentos; e (iii) recomposição do equilíbrio econômico do contrato.

Neste ponto, é conveniente comentar com mais profundidade a utilização da outorga variável do projeto como principal fonte de recursos para a alimentação das contas reservas do contrato.

Primeiramente, é de se destacar a existência do maior valor de oferta pela outorga da concessão como possível critério de adjudicação da licitação, seguindo a previsão do art. 15, II, da Lei nº 8.987/1995.

Porém a Lei Geral de Concessões não estipula qual o período em que a outorga deve ser paga. Assim, existe certa flexibilidade nesse aspecto, podendo o poder concedente definir as regras mais apropriadas para o caso concreto. Ou seja, não é pelo fato de que o maior valor de outorga seja definido como critério de adjudicação que passa a ser automaticamente obrigatório que a outorga seja paga num valor fixo e integral antes da assinatura do contrato.

Ao contrário, também é possível que a outorga pela concessão seja paga parceladamente ao longo da execução contratual e, em vez de ser estipulada em patamar fixo, ser calculada como uma porcentagem da receita obtida pela concessão – estando suscetível, assim, a variações ao longo da execução contratual.

Pode-se, inclusive, mesclar as diferentes formas de pagamento, de modo que uma parcela da outorga seja paga em patamar fixo no momento da assinatura do contrato e parte mensalmente com base na receita bruta auferida pela concessionária.

A adoção de uma outorga variável calculada com base na receita tarifária e devida mensalmente tende a facilitar a participação de interessados na licitação, vez que diminui ou até mesmo elimina, de outro lado, a necessidade de pagamento de outorga como condição prévia ou no próprio momento de assinatura do contrato. Convém lembrar que o pagamento de outorga fixa, antes da assinatura do contrato, normalmente envolve a mobilização de capital próprio, dada a dificuldade de viabilizar financiamento para pagamento de outorga.

Outrossim, a estipulação da outorga em patamar variável, sendo apurada em cima da receita da concessionária, é medida que contribui para compartilhar os riscos associados à concessão, em especial o risco de demanda, para o qual há grande anseio do setor privado em relação à transferência de tal risco ao poder concedente.

Note-se que, sendo a outorga estipulada como porcentagem da receita, quanto maior a demanda e, consequentemente, a receita obtida com a concessão, maior será a outorga devida; ao revés, a diminuição na demanda (apesar de implicar na absorção por parte do concessionário dos principais prejuízos daí decorrentes) ao menos traz uma redução no valor devido de outorga por parte da parte privada.

Assim, não é acertada a conclusão de que a estipulação de uma outorga a ser paga mensalmente ao longo da execução contratual acabe onerando ainda mais o projeto de concessão. Ao contrário, quanto mais a outorga seja distribuída ao longo da execução contratual menos outorga passa ser devida no momento da assinatura do contrato ou no início da execução, facilitando, consequentemente, o autofinanciamento do projeto.

Logicamente, a utilização de outros critérios de adjudicação previstos no art. 15 da Lei nº 8.987/1995, a exemplo do menor valor de tarifa, melhor proposta técnica ou combinação de variados critérios, não é contraditória com a estipulação de outorga no contrato. O uso do menor valor de tarifa não implica que o contrato não tenha qualquer outorga, apenas impõe que, nesse caso, o valor de outorga não poderá ser modificado por parte dos licitantes, dado que o critério em relação ao qual será feita a avaliação das propostas será distinto.

#### **4.2. O uso de bancos privados para operacionalização das contas**

Para a implementação prática de um mecanismo de contas de reserva, é necessária a contratação de uma instituição financeira específica que ficará responsável pelas movimentações financeiras próprias, dado que umas das principais características das contas se encontra na restrição para a movimentação dos recursos.

Consequentemente, para o bom funcionamento do sistema, é preciso analisar a possibilidade de os recursos serem depositados em instituição financeira privada, o que, em tese, poderia acarretar eventual violação à necessidade de depósito de disponibilidades de caixa em instituição financeira oficial (art. 164, § 3º, da Constituição Federal). Isso porque é necessária a atuação de instituições financeiras privadas em tais situações, posto que o Banco do Brasil, por vezes, não desempenha todas as atividades de agente fiduciário previstas no contrato para a administração de contas vinculadas. Ademais, também convém comentar se a titularidade das contas em nome da concessionária pode trazer ofensa a disposições legais.

Pela sistemática contratual estabelecida no estado de São Paulo nos mais recentes contratos de concessão rodoviária, é aberta, na instituição

financeira privada responsável pelo gerenciamento das contas, uma conta principal, em nome da concessionária, na qual é centralizada toda a arrecadação tarifária. Ademais, na mesma instituição, também é aberta uma conta de titularidade da concessionária para a qual serão transferidos os valores de sua livre movimentação, após os descontos próprios. Outrossim, ainda na mesma instituição, são abertas contas em nome do poder concedente para recebimento dos montantes de outorga variável e descontos apurados pelo não cumprimento dos indicadores de desempenho. A transferência entre tais contas, todas internas dentro da instituição responsável pela operação das contas, conta com processamento diário ou em poucos dias úteis.

Logicamente, um mecanismo parecido com esse para a administração de contas pode ser implementado ainda que inexista a previsão de que os valores recebidos a título de outorga variável (bem como demais descontos em caso de não observância de indicadores de desempenho) fiquem restritos ao próprio projeto, ou seja, possam ser utilizados pelo poder concedente conforme seu livre critério.

Nesse caso, recomenda-se que, mensalmente, os valores devidos ao poder concedente sejam transferidos do banco depositário para a instituição financeira oficial que administra o erário público. Isso porque, inexistente a restrição para a vinculação dos recursos no próprio projeto de concessão, não há razão para a permanência dos recursos em instituição privada.

Obedecidas tais regras, então as contas abertas no banco depositário passam a ser apenas contas de passagem nas quais são recebidos e separados os recursos devidos ao poder concedente, os quais, em cada mês-calendário, são vertidos à conta pública oficial.

Nesse panorama, dada a momentaneidade do trânsito dos valores pertencentes ao poder concedente, parece preservado o disposto no art. 164, § 3º, da Constituição Federal, o qual determina que as disponibilidades financeiras dos estados serão depositadas em instituição financeira oficial.

Ou seja, o simples fato de que os valores permaneçam por alguns dias em instituição privada não ofende a exigência de depósito de disponibilidades em instituição financeira oficial. Estabelecido na

relação contratual que o poder concedente somente tem direito ao recebimento do montante de outorga variável e demais descontos no mês seguinte ao de sua apuração, então é nesse momento que os valores se tornam efetivamente disponíveis financeiramente. E, quando presente tal característica, é necessária a respectiva transferência para instituição financeira oficial – conceito que a jurisprudência dominante entende como sinônimo de instituição financeira pertencente à Administração Pública direta ou indireta.

Cenário diverso é aquele no qual a disciplina contratual impõe restrição à livre movimentação de valores por parte do poder concedente, exigindo que os valores sejam utilizados em benefício da concessão.

Inexistindo a previsão de transferência do montante para outra conta em nome do poder concedente em instituição financeira oficial, então cabe analisar se os valores podem permanecer ao longo de toda a execução contratual no banco depositário ou se, mesmo nesse caso, haveria necessidade de transferência à instituição oficial com vistas a não representar violação do art. 164, § 3º, da Constituição Federal.

No nosso entender, havendo previsão contratual expressa de que, ao longo da execução contratual, os recursos não possam ser livremente utilizados pelo poder concedente, então, consequentemente, não há como considerá-los como “disponibilidades de caixa” do Estado, o que obrigaria seu depósito em instituição financeira oficial.

Isso porque comumente define-se disponibilidade de caixa como recursos pertencentes ao ativo financeiro que podem ser utilizados a qualquer momento. Veja-se: “entende-se por disponibilidade de caixa os valores contabilizados em rubricas do Ativo Financeiro, grupo Disponível, com suas contas Caixa e Bancos, agregado este que incorpora recursos utilizáveis a qualquer momento”<sup>6</sup>.

Há ainda entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal pela descaracterização do conceito de disponibilidade de caixa nos casos em que o recurso já se encontra afetado a um determinado fim.

---

6 TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de. Disponibilidade de caixa. *Informativo Jurídico do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal*, São Paulo, ano VIII, n. 11, p. xx-xx, nov. 1993, p. 63.

Mormente, o ministro Eros Grau, em seu voto-vista no julgamento da Reclamação nº 3.872-AgR/DF, esclareceu que o depósito referente à folha de pagamento de servidores não pode ser considerado disponibilidade de caixa, pelas seguintes razões<sup>7</sup>:

Ora, os recursos atribuídos a pagamentos a fornecedores do Estado e da remuneração dos servidores do Estado não constituem mais disponibilidades de caixa do Estado, vale dizer, dinheiro ainda não afetado a determinado fim. Tais recursos já estão afetados a esses pagamentos; evidentemente já não podem ser concebidos como disponibilidades de caixa.

Disponibilidade de caixa, assim, consiste precisamente naquilo que está disponível para o Estado, para sua livre movimentação, não alcançando, pois, as quantias já vinculadas a determinadas atividades. Não é o que ocorre nos casos em que estipuladas contas reservas de outorga cujo saldo deve estar afeto à própria prestação do serviço público.

Em resumo, entende-se que saldos próprios em favor do poder concedente que estejam afetos ao próprio contrato não se caracterizam como disponibilidade de caixa, podendo ficar depositados na instituição financeira privada responsável pela administração do sistema de contas contratual. De outra ponta, os recursos à livre disposição do poder concedente devem ser vertidos para a conta mantida na instituição financeira oficial.

Ante tais razões, inexistem, no nosso entender, empecilhos jurídicos para a manutenção de contas vinculadas, nos moldes aqui descritos, em instituições financeiras privadas. Na estruturação do projeto de concessão, recomenda-se, contudo, que o edital traga regramento mínimo acerca do assunto, de modo que as balizas do futuro contrato de administração de contas estejam claras aos licitantes. É até possível incluir minuta própria do contrato de administração como um dos anexos do edital. Contudo, dado que a definição do administrador em geral será feita apenas ao longo da execução contratual – especialmente nos casos

---

<sup>7</sup> BRASIL. Agravo Regimental na Reclamação nº 3.872. Agravante: União Federal. Agravado: Banco Central do Brasil. Relator Ministro Marco Aurélio. 14 de dezembro de 2005. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361977>. Acesso em: 30 ago. 2019.

em que a escolha do banco depositário e o pagamento da remuneração respectiva fiquem a cargo do concessionário –, convém que eventual regramento sobre o tema não seja exaustivo, podendo ser complementado com a disciplina própria que a instituição financeira adota para o tema.

Por fim, como destacado, na estruturação dos contratos de administração de contas ainda vale incluir eventuais valores devidos ao ente regulador, caso existentes. No estado de São Paulo, por exemplo, é comum que seja incluído nos contratos de concessão de transportes rodoviários a exigência de pagamento de ônus mensal à Artesp, com fulcro no art. 22 da Lei Complementar estadual nº 914/2002. O benefício em prever receita da espécie para o ente regulador repousa principalmente na desvinculação do pagamento com a atuação do poder concedente propriamente dito, diminuindo, assim, a dependência de recursos do orçamento fiscal para a manutenção das atividades fiscalizatórias e regulatórias.

Ademais, a definição no próprio contrato de verba devida ao agente regulador faz com que o recurso tenha natureza contratual, descaracterizando, consequentemente, sua natureza tributária e a necessidade de previsão legal para sua instituição.

#### **4.3. O respeito aos princípios orçamentários e o aval dos órgãos de controle**

Vale notar que, da forma como estruturado, o sistema de contas vinculadas funciona como verdadeiro mecanismo garantidor de obrigações das partes contratuais, alimentado, em grande medida, pela vinculação de receitas auferidas pela concessionária na forma de tarifas e/ou demais receitas acessórias e posteriormente transferidas à Administração sob forma de outorga.

Nesse cenário, poder-se-ia questionar a legalidade do mecanismo, por instituir vinculação de receitas por parte da Administração.

Tal argumento, porém, não procede e confunde-se, em grande medida, com os questionamentos de ilegalidade referentes ao art. 8º, I, da Lei nº 11.079/2004, o qual prevê que as garantias da Administração em parcerias público-privadas (PPPs) podem se dar por meio da vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal.

Por tal linha de raciocínio, não haveria possibilidade de vinculação de receitas públicas em favor de particulares, ainda que não decorrentes dos tributos mencionados no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, posto que as receitas públicas são indisponíveis e impenhoráveis, sendo sua execução satisfeita tão somente pelo recebimento via precatórios<sup>8</sup>.

Contudo não houve acolhimento de tal tese por parte dos tribunais, prevalecendo, atualmente, o entendimento pela legalidade do art. 8º I, da Lei nº 11.079/2004.

Cumpre também mencionar que, no âmbito do estado de São Paulo, a Lei nº 16.933/2019 também permite que a administração pública oferte garantia, como forma de mitigar os riscos associados ao projeto, não somente em casos de parcerias público-privadas, mas também em projetos de concessão comum, concessão regida por legislação setorial, permissão de serviços públicos e demais negócios público-privados (art. 17, parágrafo único).

Outrossim, destaca-se que já há, inclusive, aval de órgãos de controle para utilização de mecanismos semelhantes de administração de contas. A concessão federal da BR-153/414/080/TO/GO teve análise prévia do Tribunal de Contas da União por meio do TC 016.936/2020-5. Ao analisar os documentos do certame, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil do TCU se limitou a apontar aparente contradição entre o contrato e o Anexo 10 sobre o fornecimento de instruções ao banco depositário, sem apontar restrições ao mérito da sistemática<sup>9</sup>. Em verdade, ao tratar da gestão de dados da concessão, a unidade técnica destacou que o mecanismo de contas

8 HARADA, Kiyoshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 3, p. 310-311, mar. 2005. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 174.

9 661. Diante do exposto, propõe-se:

a) determinar à ANTT, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

a.1) compatibilize a redação da cláusula 12.6.2 da minuta de contrato (que obriga a ANTT a não fornecer instrução ao Banco depositário, exceto às notificações previstas) com o item 4.1 do Anexo 10 (que informa que a ANTT irá orientar o Banco Depositário acerca da transferência do valor de verba de fiscalização da conta centralizadora para a conta única do Tesouro).

representava um avanço na auditoria da arrecadação da concessionária ao permitir o acesso ao valor depositado na conta centralizadora<sup>10</sup>.

## 5. COMO UM SISTEMA DE CONTAS VINCULADAS POTENCIALIZA AS ALTERNATIVAS DE ESTRUTURAÇÃO DE CONCESSÕES

O foco deste artigo foi demonstrar como um sistema de contas vinculadas pode garantir a adequada observância do equilíbrio econômico-financeiro contratual, superando as dificuldades dos demais métodos tradicionais de reequilíbrio.

Não obstante, cumpre também observar que um sistema de contas pode servir para variadas funções, entre as quais a concretização de modelagens contratuais que superam as formas tradicionais de estruturação de projetos.

Basicamente, os projetos de concessão de serviços públicos em geral são estruturados em determinados moldes, normalmente representados por concessões comuns em que a remuneração do concessionário é auferida diretamente por meio da cobrança de tarifas; ou concessões patrocinadas em que, adicionalmente à cobrança direta de tarifas, a administração pública viabiliza o projeto mediante aportes de recurso e/ou contraprestações públicas.

Contudo é preciso ter em mente que as seguintes premissas também são válidas: (i) é possível conceder um serviço público sem a cobrança de tarifa dos usuários; (ii) a remuneração paga à concessionária não precisa estar necessariamente atrelada à tarifa paga pelos usuários.

Um exemplo da primeira situação seria a concessão de uma rodovia sem a instalação de um sistema de pedágio com praças físicas ou cobrança eletrônica, apenas contemplando uma medição do número de passageiros de veículos, a partir da qual a administração calculará a receita devida à concessionária (modelo denominado “pedágio sombra”).

---

10 TC 016.936/2020-5: [...] 732. Nesse sentido, cabe comentar o avanço que representa o mecanismo de contas, uma vez que possibilita, por exemplo, a realização de auditoria na arrecadação das concessionárias, dado que a Agência terá acesso não somente ao número e o tipo de veículos passantes em cada praça, mas também acesso aos valores depositados na conta centralizadora.

A segunda situação pode ser representada pela concessão de um serviço em que há cobrança de tarifas dos usuários, as quais, entretanto, não são diretamente vertidas para a concessionária. A remuneração da concessionária pode se pautar por métrica diversa da simples contagem do número de passageiros, tal qual a concessão de transporte público em que o usuário paga uma tarifa individual, vertida primeiramente ao poder concedente; e este, por sua vez, remunera a concessionária a partir do número de viagens realizadas. Aqui se diz, em geral, que a remuneração ocorre por “disponibilidade do serviço”.

Escapa ao presente escopo analisar minuciosamente cada um desses modelos, expondo suas vantagens e desvantagens. Cabe somente pontuar que a discussão acerca da conveniência de se conceder ou não um serviço público não precisa, necessariamente, estar vinculada à discussão acerca da conveniência de se cobrar ou não tarifa dos usuários<sup>11</sup>.

E, nos exemplos citados, o uso de tais modelos alternativos poderia ser concretizado com mais segurança a partir do uso de um sistema de contas vinculadas.

Em um modelo de “pedágio sombra”, a administração pode verter recursos para uma conta própria e, após a validação do número de passagens, a remuneração própria da concessionária ser daí descontada. Já em um projeto em que o pagamento se dá por disponibilidade do serviço, é possível, por exemplo, prever que a tarifa paga pelos usuários seja destinada a uma conta específica, a qual, por sua vez, fornecerá os recursos necessários ao pagamento da remuneração da concessionária.

Ou seja, são variadas as funções e destinações de um sistema de contas vinculadas, podendo ser utilizado sempre que se queira conferir segurança em relação à destinação dos recursos dentro de um mesmo projeto ou criar liquidez para determinada contingência.

---

11 Importante notar, contudo, que, se as discussões não se confundem, não devem ser totalmente dissociáveis. Cf. ROZENFELD, Tales. *Avaliação dos impactos econômicos de investimentos em rodovias sob diferentes alternativas de financiamento*. 2016. Dissertação (Mestrado em Teoria Econômica) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. O autor demonstra que diferentes alternativas de investimentos podem conduzir a diferentes resultados macroeconômicos do projeto, podendo inclusive converter uma concessão com impacto positivo no produto interno bruto (PIB) em um projeto com retorno negativo.

## 6. CONCLUSÃO

A simples assunção por parte do poder concedente de uma grande variedade de riscos é insuficiente para, ao longo da execução contratual, concretizar de forma efetiva o intuito por trás de uma repartição eficiente de riscos. Para que a execução contratual seja feita de modo que se resguarde a atualidade do equilíbrio econômico-financeiro, é recomendável que o contrato de concessão discipline de forma própria tanto o procedimento de reconhecimento do desequilíbrio quanto a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro propriamente dita.

No mais, nota-se que os procedimentos tradicionalmente utilizados para a promoção do reequilíbrio contratual em prol do concessionário – majoração do valor tarifário e prorrogação do prazo de concessão – apresentam desvantagens e limitações significativas. Destarte, recomenda-se a estruturação de sistema de contas vinculadas ao contrato que forneça recursos e garanta liquidez quando da necessidade de o poder concedente promover a recomposição do ajuste. Para tanto, é possível utilizar parcela da outorga da concessão como fonte de recursos para o provisionamento das contas, além de inexistir impedimentos para que a concretização de tal sistema se faça por intermédio de instituição financeira privada.

Outrossim, como mecanismo que busca criar garantias às partes do contrato de concessão, nota-se uma similitude com as garantias fornecidas em PPPs decorrentes da vinculação de receitas, as quais já são aceitas na esfera nacional. Ademais, finalizada inclusive análise prévia de editais de concessão que incluem o mecanismo por parte de órgãos de controle, conclui-se que há ampla possibilidade jurídica de difundir o mecanismo nos contratos nacionais. Por fim, nota-se que o sistema também pode ser um componente da modelagem de formatos próprios de projetos de concessão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Agravo Regimental na Reclamação nº 3.872. Agravante: União Federal. Agravado: Banco Central do Brasil. Relator Ministro Marco Aurélio. 14 de dezembro de 2005. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361977>. Acesso em: 30 ago. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GRAEFF, Fernando. **Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus.** Brasília, DF: ISC, 2011. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/uma-analise-da-alocacao-de-riscos-nos-contratos-para-prestacao-de-servicos-publicos-o-caso-do-transporte.htm>. Acesso em: 20 jul. 2022.

HARADA, Kiypshi. Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 3, p. 310-311, mar. 2005.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 155-182, jun. 2006.

ROZENFELD, Tales. **Avaliação dos impactos econômicos de investimentos em rodovias sob diferentes alternativas de financiamento.** 2016. Dissertação (Mestrado em Teoria Econômica) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de. Disponibilidade de caixa. **Informativo Jurídico do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal**, São Paulo, ano VIII, n. 11, nov. 1993.

# A TARIFAÇÃO DINÂMICA COMO MECANISMO DE GESTÃO DE TRÁFEGO NAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS – O CASO DO LOTE LITORAL PAULISTA

Henrique Portela Oliveira<sup>1</sup>

Arthur Felipe Torres Trindade da Silva<sup>2</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Estruturas remuneratórias para a concessionária e o modelo utilizado no Lote Litoral Paulista; 2.1 – Formas de remuneração da concessionária; 2.2 – Fixação da tarifa cobrada dos usuários; 2.3 – O Lote Litoral Paulista; 3 – A tarifação dinâmica como mecanismo de gestão de tráfego nas concessões rodoviárias; 3.1 – A tarifa regulatória; 3.2 – A tarifa dinâmica nas concessões rodoviárias; 3.3 – A (i)legalidade da tarifa dinâmica: a experiência do Lote Litoral Paulista; 3.4 – A disposição de incentivos da tarifa dinâmica no Lote Litoral Paulista; 3.5 – A repartição de riscos no mecanismo de tarifação dinâmica e o equilíbrio econômico-financeiro; 4 – Conclusões; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O artigo faz uma análise sobre a utilização da tarifa dinâmica como forma de gestão de tráfego, mecanismo que, apesar de já utilizado em projeto de concessão rodoviária federal, pela primeira vez foi empregado

- 
- 1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Procurador do estado de São Paulo.
- 2 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador do estado de São Paulo.

em uma concessão do estado de São Paulo. Por se tratar de uma novidade no âmbito estadual, algumas questões surgiram acerca da legalidade e da disposição de incentivos na utilização do mecanismo, que foram devidamente enfrentadas no presente trabalho, à luz do entendimento doutrinário e dos órgãos de controle em casos semelhantes. O método de trabalho utilizado foi o estudo de caso da concessão do Lote Litoral Paulista, por meio da análise do seu edital.

**PALAVRAS-CHAVE:** Concessão. Tarifa dinâmica. Lote Litoral Paulista.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A tarifa é tradicionalmente concebida como a contraprestação paga pelo usuário em virtude do serviço público que a ele é prestado, sendo a forma básica – mas não exclusiva – de remuneração dos concessionários de serviços delegados. Geralmente, são calculadas de acordo com os custos do serviço e fixadas no montante necessário à amortização dos investimentos feitos pelo delegatário.

Não obstante, a política tarifária deve ser definida pelos entes políticos detentores da competência para prestação do respectivo serviço, atendendo às suas peculiaridades<sup>3</sup>. Por vezes, as particularidades do projeto podem motivar a instituição de tarifas como instrumento de racionalização e contenção do uso do serviço público<sup>4</sup>.

Nesse sentido, no Lote Litoral Paulista – Edital de Concorrência Internacional nº 002/2021, publicado em 14 de maio de 2021 – considerando o fluxo de veículos oriundo de perímetro urbano cortado pela rodovia, foi instituído o mecanismo de tarifas dinâmicas como forma de gerenciar o tráfego no trecho Peruíbe-Praia Grande. O objetivo é viabilizar um instrumento que, nos momentos de alta densidade de veículos na rodovia, permite induzir a manutenção do tráfego local nas vias marginais, preservando o nível de serviço no tráfego de longa distância.

---

<sup>3</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 322.

<sup>4</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 83.

O mecanismo é pioneiro no estado e, desde a modelagem do projeto, vem enfrentando uma série de desafios de cunho legal e regulatório. Neste artigo, pretendemos enfrentar cada um desses pontos.

## **2. ESTRUTURAS REMUNERATÓRIAS PARA A CONCESSIONÁRIA E O MODELO UTILIZADO NO LOTE LITORAL PAULISTA**

### **2.1 Formas de remuneração da concessionária**

O artigo 175 da Constituição Federal outorga ao Poder Público o dever de prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. O inciso III do parágrafo único daquele artigo, por sua vez, estabelece que a lei deverá dispor sobre a política tarifária.

A política tarifária, nas concessões de serviço público, é disciplinada entre os artigos 9º e 13 da Lei nº 8.987/1995. Na lei nacional, não há determinação, ao menos não de forma expressa, de que o serviço seja remunerado por meio de tarifa cobrada dos usuários.

À primeira vista, pode-se inferir que, não tendo havido determinação constitucional ou legal para instituição de tarifas, o serviço poderia ser remunerado pela cobrança de taxas dos usuários. Ocorre que a submissão das taxas ao regime tributário representaria um dificultador ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Como esclarece o inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.987/1995, a concessão de serviço público se dá por conta e risco do concessionário. A assunção de tais riscos, contudo, só é possível em face da garantia de manutenção ao equilíbrio econômico-financeiro. Sem essa garantia, e com o ônus de resguardar todas as condições de um serviço adequado<sup>5</sup>, o projeto se revelaria insustentável.

---

5 “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de **regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas**” (BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão 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, art. 6º, grifo nosso).

Um dos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é, justamente, a revisão das tarifas. Embora não seja o único, os demais mecanismos possuem limitações que, no caso específico, podem inviabilizar sua adoção – como restrições orçamentárias e o risco de perpetuação das concessões, nos casos de indenização do Poder Concedente e prorrogação do contrato, respectivamente.

Sendo assim, é preciso que a remuneração da concessionária seja submetida a um regime de maior flexibilidade. Como as taxas se submetem aos princípios da legalidade e da anterioridade, condicionar a revisão dos valores cobrados à instituição de lei publicada no ano anterior à implementação, quando constatado o desequilíbrio econômico financeiro do contrato, poderia minar a atratividade do projeto<sup>6</sup>.

Portanto, nas concessões de serviço público, os valores cobrados dos usuários devem ter natureza de tarifa, e não de taxa.

Hoje já é assente que a cobrança de tarifas não é requisito indispesável da concessão de serviço público, sobretudo com a instituição da concessão administrativa pela Lei nº 11.079/2004<sup>7</sup>. Contudo, antes mesmo da promulgação da referida lei, a cobrança das tarifas não era uma condição inafastável<sup>8</sup>. A necessidade de definição da política tarifária não se confunde com a obrigatoriedade de instituição das tarifas, uma vez que a política adotada pode ser, justamente, pela não instituição de tarifas.

A opção de remunerar o concessionário por meio do pagamento de tarifas cobradas dos usuários revela uma decisão do Estado de onerar aqueles que utilizam o serviço concedido, em vez de aplicar recursos públicos arrecadados de toda sociedade, por meio da cobrança

<sup>6</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 49.

<sup>7</sup> “Art. 2º, § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004, art. 2º).

<sup>8</sup> Nesse sentido, por exemplo: DE ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 113; MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 160.

de tributos. O regramento da tarifa, portanto, é uma decisão política. É a manifestação da política tarifária para aquele projeto específico.

O fato é que, optando-se por remunerar o concessionário por meio de tarifas cobradas dos usuários, a contraprestação deve observar todo o regramento constitucional, legal e regulamentar. Nesse ponto, é válido adiantar que o regramento da política tarifária previsto no artigo 9º da Lei nº 8.987/1995 não é exaustivo, havendo espaço para disciplina pelos estados – ponto ao qual retornaremos adiante.

O inciso III do artigo 2º da Lei estadual nº 7.835/1992 define a concessão de serviço público como a delegação contratual, à empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por sua conta e risco e por prazo certo, *remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários*. O inciso III do artigo 16 do mesmo diploma, por sua vez, encarrega o concessionário da cobrança das tarifas, conforme fixadas pelo Poder Concedente.

Logo, conclui-se que, no estado de São Paulo, optou-se por conferir natureza tarifária à contraprestação paga pelos usuários do serviço concedido. A opção atende às boas práticas regulatórias, considerando que, como já esclarecido, as tarifas gozam de maior flexibilidade quando comparadas às taxas – qualidade essencial no caso de sua revisão como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Além da cobrança de tarifas e da possibilidade de contraprestação pecuniária pelo Poder Concedente, admite-se ainda a instituição de receitas marginais ao projeto. Nesse sentido, o artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 autoriza a previsão de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

## **2.2 Fixação da tarifa cobrada dos usuários**

Como já visto, o inciso III do artigo 2º da Lei estadual nº 7.835/1992 determina que a concessão de serviço público será remunerada, basicamente, pela cobrança de tarifas dos usuários. A forma de definição das tarifas será estabelecida no edital, observando os limites estabelecidos na legislação.

O artigo 15 da Lei nº 8.987/1995 elenca sete critérios de julgamento da licitação, conferindo ao Poder Concedente um leque abrangente para

modelagem do projeto de concessão<sup>9</sup>. Em linhas gerais, a depender do critério adotado, a definição da tarifa poderá ficar a cargo da contratante ou da contratada – observando, em ambos os casos, os limites definidos no edital.

Nos projetos de concessão rodoviária do estado de São Paulo, o critério de julgamento que vem sendo adotado nos últimos projetos é o do maior valor da outorga fixa<sup>10</sup>. Entende-se que esse critério é capaz de selecionar de forma mais objetiva empresas que tenham porte suficiente para gerir um projeto de tamanha magnitude, exigindo-se, desde a licitação, o comprometimento financeiro da interessada.

Nos projetos estaduais de concessão de rodovias, portanto, as tarifas são definidas pelo Poder Concedente, sujeitando-se a regras de reajuste e revisão previstas no contrato. Tradicionalmente, não há margem de flexibilidade para fixação ou alteração das tarifas pela Concessionária – salvo a hipótese de concessão de descontos e promoções por sua conta e risco.

### **2.3 O Lote Litoral Paulista**

No último edital publicado – Lote Litoral Paulista<sup>11</sup> –, o critério de julgamento adotado foi o da maior oferta de outorga fixa, cujo pagamento é condição prévia para assinatura do contrato<sup>12</sup>. Além do valor da outorga

---

<sup>9</sup> “Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

- I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
- IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
- VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas” (BRASIL, 1995, art. 15).

<sup>10</sup> Nos últimos dois editais publicados – Lote PIPA e Lote Litoral Paulista – o critério de julgamento estabelecido foi o de maior valor de outorga fixa, tendo sido fixado, em ambas, o valor mínimo de outorga.

<sup>11</sup> Edital de Concorrência Internacional nº 002/2021, publicado em 14 de maio de 2021.

<sup>12</sup> Item 6.2 do Edital de Concorrência Internacional nº 002/2021.

fixa, a contratada se comprometerá a pagar o valor da outorga variável, calculada em razão das receitas auferidas pela Concessionária conforme disciplina prevista no contrato, mas que ficará de fora da proposta de preço.

A estrutura tarifária foi estabelecida no Anexo 4 do Edital. A cobrança em face dos usuários se dará em dois tipos de praças de pedágio: as *praças troncais*, em que o pagamento das tarifas é feito nas cabines de cobrança; e as *praças de entrada*, em que a cobrança se dá pelo sistema de *free flow*, com valores proporcionais à distância efetivamente percorrida pelo usuário e sem necessidade de desaceleração dos veículos.

O sistema de fluxo livre não é novidade nos projetos de concessão rodoviária do estado. Os últimos editais já previam a possibilidade de sua instituição, condicionando-a ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro<sup>13</sup>. O *free flow*, inclusive, já foi implementado em algumas rodovias do estado, tendo sido denominado Sistema Ponto a Ponto<sup>14</sup>.

O edital do Lote Litoral Paulista, todavia, é o primeiro no estado a (i) determinar a instalação, desde o início do projeto, do sistema de fluxo livre – no trecho Peruíbe-Praia Grande –, e (ii) de forma pioneira, instituir a cobrança de tarifas como um mecanismo de gerenciamento de tráfego a ser administrado pela concessionária.

Linhos gerais, o edital admite que a concessionária aplique um fator de gerenciamento às tarifas cobradas nas praças de entrada, reduzindo ou aumentando o valor cobrado dos usuários, como forma de gerenciar o tráfego no trecho. Sendo assim, constatada a alta densidade de veículos em determinado momento, a concessionária terá autonomia para aumentar o valor cobrado nas praças de entrada e, assim, desincentivar o acesso de novos veículos na rodovia. Por outro lado, havendo baixa densidade de automóveis na pista, as tarifas poderão ser reduzidas para incentivar o uso da rodovia.

---

13 É o caso, por exemplo, da Cláusula 16.1, “xlvii”, do Contrato Artesp nº 409/2020 – Lote PIPA.

14 O Ponto a Ponto funciona nas rodovias Engenheiro Constâncio Cintra (SP-360), Santos Dumont (SP-75), Governador Adhemar Pereira de Barros (SP-340) e na Rodovia Prof. Zeferino Vaz (SP 332).

Conforme item 1.1 do Anexo 22 do Edital, o mecanismo tem como finalidade declarada reforçar a natureza do Sistema Rodoviário como uma composição de vias para o tráfego de longa distância, otimizar a utilização da infraestrutura existente e assegurar a manutenção dos níveis de serviço na localidade. Não obstante a justificativa apresentada, há vários pontos da nova sistemática que merecem atenção e serão objeto de análise mais adiante.

Mecanismo similar foi proposto na nova concessão do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro-São Paulo, tendo o *free flow* sido instituído como mecanismo de gerenciamento de tráfego no trecho metropolitano (km 205 a 230 da BR-116/SP)<sup>15</sup>. O fator de gerenciamento máximo no projeto federal foi fixado, inicialmente, em 12 (doze), bem inferior ao limite de 4 (quatro) fixado para o Lote Litoral Paulista.

### **3. A TARIFAÇÃO DINÂMICA COMO MECANISMO DE GESTÃO DE TRÁFEGO NAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS**

#### **3.1. A tarifa regulatória**

A utilização de tarifas como forma de induzir determinado comportamento nos usuários não é novidade nos projetos de infraestrutura. A validade desse mecanismo, aliás, já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar o Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica.

Referido programa previa a cobrança de sobretarifas sobre o consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas, como forma de incentivo ao racionamento. Na ocasião, o STF entendeu que o acréscimo tarifário não descharacterizava a tarifa, “tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Conforme Anexo 14 do modelo contratual divulgado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: [https://www7.idealvdr.com/v3/RODOVIA\\_-\\_BR-116-101-RJ-SP/](https://www7.idealvdr.com/v3/RODOVIA_-_BR-116-101-RJ-SP/). Acesso em: 23 nov. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9-6. Fixação de metas de consumo e de um regime especial de tarifação. Requerente: Presidente da República. Relator: Min. Néri da Silveira, 13 de dezembro de 2001. Diário da Justiça, Brasília, DF, 6 fev. 2002, p. 1.

No mesmo sentido, a Súmula nº 407 do Superior Tribunal de Justiça considera “legítima a cobrança de tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo”<sup>17</sup>.

Rafael Wallbach Schwind denomina *tarifa regulatória* aquela utilizada como fator de estímulo ou desestímulo à utilização do serviço, de acordo com os fins buscados pela Administração. Trata-se de função anômala da tarifa, uma vez que a fixação do seu valor econômico não está, necessariamente, ligada ao custo da prestação do serviço<sup>18</sup>.

Marçal Justen Filho, com amparo na extrafiscalidade do Direito Tributário, denomina a tarifa utilizada com fins gerenciais como “tarifas extrafiscais”<sup>19</sup>.

Rafael Wallbach Schwind elenca alguns parâmetros a serem observados na instituição de tarifa regulatórias<sup>20</sup>.

Por se tratar de medida com efeito sobre a distribuição de riqueza, o autor defende que as tarifas orientadas à modificação de comportamento dos usuários devem ser instituídas por lei, podendo as minúcias serem previstas em atos infralegais. Como exceção, Wallbach admite a hipótese de deslegificação, quando o próprio legislador retira a questão do domínio da lei, permitindo a disciplina por meio de regulamentos.

O segundo parâmetro a ser observado se refere à exigência de critérios técnico-econômicos para criação do mecanismo, devendo haver escassez na infraestrutura. Diferentemente das tarifas sociais, as tarifas regulatórias não devem ser diferenciadas com base na situação patrimonial dos usuários.

Em terceiro lugar, a arrecadação advinda do agravamento da tarifa deve reverter em favor do próprio serviço. Seja por meio de investimentos ou não, os recursos devem ser úteis à manutenção

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 407. É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo. *Diário da Justiça eletrônico*: seção 1, Brasília, DF, ed. 487, 24 nov. 2009, n. p.

18 SCHWIND, op. cit., p. 121.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 378.

20 SCHWIND, op. cit., p. 122-123.

da infraestrutura, como seria o caso de promover o equilíbrio entre a demanda e a capacidade do sistema.

O confronto da disciplina das tarifas dinâmicas no Lote Litoral Paulista com os parâmetros para definição de tarifas regulatórias será feito mais adiante.

### **3.2 A tarifa dinâmica nas concessões rodoviárias**

A fixação de tarifas distintas de acordo com o nível de utilização da rodovia não é matéria inovadora nos projetos de concessão rodoviária. Os contratos assinados no estado de São Paulo, por exemplo, admitem a proposição pela Concessionária de um Plano de Tarifas Variáveis “com o objetivo de otimizar o uso, induzir demanda e melhorar a fluidez e níveis de serviço do SISTEMA RODOVIÁRIO, observando-se o princípio da isonomia”<sup>21</sup>. A implementação do plano, contudo, depende da prévia aprovação pela Agência de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp) e da apuração do desequilíbrio econômico-financeiro.

Os contratos regulados pela Artesp admitem, ainda, a realização de promoções tarifárias de caráter sazonal pelas Concessionária, por sua conta e risco<sup>22</sup>.

Contudo, o estabelecimento da dinamicidade tarifária de acordo com a densidade de veículos, ao menos com a flexibilidade que se pretende no Lote Litoral Paulista, é mecanismo inovador que, como tal, apresenta uma série de desafios. Além da análise quanto à legalidade do mecanismo, a estrutura de incentivos e o impacto na equação econômico-financeira são questões que merecem algumas considerações.

---

21 Item 3.3 do Anexo 4 do contrato assinado com a Concessionária VIAPAULISTA. (AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Estrutura tarifária*. Anexo 4 ao Contrato ARTESP n. 0359/2017. São Paulo: ARTESP, 2016, p. 5).

22 Nesse sentido, vide o item 4.6.6 do Anexo 4 do Contrato assinado com a Concessionária VIAPAULISTA: “Promoções e descontos. A CONCESSIONÁRIA, a seu único critério, por sua conta e risco, poderá conceder isenções e descontos tarifários, bem como realizar promoções tarifárias de caráter sazonal, não relacionado a Plano de Tarifa Variável, sem que isso possa gerar qualquer direito à solicitação de compensação nos valores das Tarifas e das REVISÕES ORDINÁRIAS. Nessa hipótese, para apuração da Tarifa Devida e cálculo das Fórmulas 4 e 5 será considerado o respectivo desconto ou isenção praticados” (Ibidem, p. 15, grifo do autor).

### 3.3 A (i)legalidade da tarifa dinâmica: a experiência do Lote Litoral Paulista

Como já esclarecido, a instituição de tarifas com finalidade regulatória é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência. O princípio da eficiência administrativa determina o uso racional de recursos escassos, sendo a eficiência condição inafastável da prestação de um serviço público adequado aos usuários<sup>23</sup>.

Por serviço eficiente, entende-se o serviço capaz de ofertar a maior qualidade possível dentro da limitação de recursos disponíveis. Tratando-se de recursos escassos, é natural que sejam pensados mecanismos aptos a incentivar o uso mais racional da infraestrutura – criando desincentivos à sua utilização quando já saturada.

No Lote Litoral Paulista, foi prevista a instituição de tarifas dinâmicas no sistema *free flow* a ser instalado no trecho Peruíbe-Praia Grande. A cobrança nesse trecho se dará por meio de pórticos sem barreiras, por meio de tecnologia AVI<sup>24</sup> e/ou outra disponível, sendo os veículos identificados por sensores instalados nas praças de pedágio (*praças de entrada*), de forma que não haverá necessidade de parada.

Sobre esse ponto, na análise do edital do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro-São Paulo (BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ), o Tribunal de Contas da União (TCU) destacou que a identificação dos veículos sem tags instaladas pela Concessionária, por meio da leitura óptica das placas dos veículos (OCR), dependeria do acesso a informações cadastrais em bases de dados oficiais. O TCU salientou que a situação poderia não se coadunar com os ditames da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados)<sup>25</sup>.

23 “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (BRASIL, 1995, art. 6º).

24 O Automatic Vehicle Identification (AVI), ou Identificação Veicular Automática, é o sistema de pedágio em que a identificação dos usuários é feita por sensores, a partir da leitura de tags instaladas nos veículos que cruzam a praça de pedágio.

25 BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão 1766/2021. Processo TC n. 039.400/2020-4. Desestatização BR-116/SP/RJ e Br-101/SP/RJ. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 28 de julho de 2021b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3940020204.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 jul. 2022.

Esse aspecto, entretanto, parece devidamente gerenciado pelo contrato do Lote Litoral Paulista, que contempla um extenso regramento sobre o tratamento de dados pessoais (item 18.3), sendo prevista, inclusive, a elaboração pela Concessionária de um Programa de Privacidade de Dados a ser avaliado pela Artesp. A transferência e/ou compartilhamento de dados pessoais somente poderá ser feita quando necessário para a execução do contrato, devendo a Agência Reguladora ser previamente comunicada.

As tarifas nas praças de entrada no Lote Litoral Paulista serão compostas por um fator de gerenciamento definido pela concessionária, respeitados os limites e objetivos previstos no Anexo 22 do Edital. Poderão ser estabelecidos fatores de gerenciamento distintos para cada praça de entrada, devendo ser calibrados a partir da resposta efetiva dos usuários à implantação do pedagiamento no referido trecho.

Quando a densidade de veículos no trecho das praças de entrada, no período de 15 (quinze) minutos anteriores à verificação, for superior ao patamar definido no item 3.1.3.6 do Anexo 22<sup>26</sup>, o fator de gerenciamento poderá ser superior a 1 (um) – resultando em tarifas mais altas. Com isso, busca-se utilizar a tarifação como forma de gerenciar os níveis de serviço do trecho.

A diferenciação de tarifas como mecanismo de gerenciamento de demanda – não atreladas aos custos específicos ou características técnicas da via – foi contestada pela área técnica do TCU na análise do projeto da BR-116/SP/RJ e da BR-101/SP/RJ. No acórdão, contudo, os Ministros recomendaram à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) apenas a reavaliação do fator de gerenciamento “para evitar oscilações abruptas de tarifas cobradas dos usuários, as quais deverão ter o seu valor majorado em função do nível de serviço da via expressa, com o objetivo de otimizar a utilização da capacidade do conjunto de vias, expressa e marginal”<sup>27</sup>.

---

26 “3.1.3.6. O FATOR DE GERENCIAMENTO poderá ser superior a 1 (um) em determinada PRAÇA DE ENTRADA, quando no respectivo sentido de trânsito, a média da DENSIDADE verificada no segmento da PRAÇA DE ENTRADA no período de 15 (quinze) minutos anteriores à respectiva verificação for superior a 16,16 (dezesseis inteiros e dezesseis centésimos), conforme regramento disposto no item 6” (AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Free flow. Anexo 22 ao Edital de Concorrência Internacional n. 002/2021 – Lote Litoral Paulista. São Paulo: ARTESP, 2021, p. 5).

27 BRASIL, 2021b, p. 173.

Caracterizada a instituição de tarifas regulatórias, convém enfrentar os três parâmetros expostos por Rafael Wallbach Schwind para tarifação com essa finalidade, quais sejam: (i) instituição por lei, salvo hipótese de deslegificação (deslegalização); (ii) exigência de critérios técnico-econômicos, em razão da escassez do bem ou infraestrutura; e (iii) reversão dos valores arrecadados em favor do próprio serviço.

Em relação ao primeiro ponto, embora não haja lei disposta expressamente acerca da tarifação dinâmica instituída no projeto, o inciso V do artigo 8º da Lei Estadual nº 7.835/1992 caracteriza hipótese de deslegificação, outorgando ao contrato o dever de definir os critérios de fixação e *alteração* da tarifa<sup>28</sup>. Sendo assim, no que tange às *praças de entrada*, os critérios para alteração das tarifas foram estabelecidos no Anexo 22 do Edital, parte integrante do contrato.

Em segundo lugar, convém indagar se o conceito de escassez se aplica às concessões rodoviárias – e a resposta nos parece positiva. Ainda que não se possa falar em exaurimento da infraestrutura, o saturamento da rodovia afeta a regularidade, a continuidade, a eficiência e a segurança do serviço, inviabilizando a prestação de um serviço público adequado. No limite, a densidade de veículos pode até mesmo inviabilizar a circulação dos usuários.

Ademais, a escassez não precisa ser absoluta. Schwind esclarece que a escassez também está presente quando for necessário o recurso a fontes adicionais. No caso das rodovias, o saturamento periódico dos níveis de serviço teria como solução possível a realização de novos investimentos para ampliação da capacidade da rodovia, implicando em custos que seriam arcados, em última instância, pelos usuários (com a revisão das tarifas) ou pelos contribuintes (seja pela indenização paga pelo Poder Concedente ou pelo deferimento de nova outorga). E em trechos urbanos, como se dá no caso do Lote Litoral Paulista, as obras de ampliação são ainda mais desafiadoras.

---

28 “Artigo 8.º – São cláusulas essenciais no contrato as relativas a: [...]”

V – critérios para fixação e alteração da tarifa, com previsão da periodicidade e dos parâmetros de cálculo dos reajustamentos, bem como especificação de outras fontes acessórias de receita, quando for o caso; [...]” (SÃO PAULO. Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992. Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá providências correlatas. Diário Oficial do Estado de São Paulo: seção 1, São Paulo, p. 1-3, 9 maio 1992, p. 1).

Por fim, conforme raciocínio exposto no parágrafo anterior, a arrecadação parece reverter em favor do próprio serviço, considerando os custos de eventual necessidade de ampliação da via. Ainda, pensando um projeto em sua generalidade – concebido como uma via de deslocamento de longa distância – a instituição do mecanismo atua em prol do serviço como um todo. Mesmo que a arrecadação, em si, não seja revertida em favor do serviço, o resultado dela decorrente – mitigação do saturamento da via – beneficia o projeto como um todo.

Todavia, há outros elementos que podem ser suscitados como óbices à instituição da tarifa dinâmica e que merecem atenção.

O primeiro se refere à natureza contraprestacional da tarifa. Poder-se-ia argumentar pela violação desse aspecto, uma vez que estaria sendo cobrada uma tarifa maior justamente no momento em que o nível de serviço está mais saturado, e, portanto, sendo prestado ao usuário em menor qualidade. O instrumento, contudo, não nos parece inadequado nesse ponto.

Há uma série de objetivos que devem ser considerados pela Administração no momento de definição das tarifas – ou, no caso, de fixação dos critérios para definição das tarifas. Não há nenhum dispositivo legal que determine a correlação estrita entre o valor pago e a condição do serviço prestado, desde que, é claro, a medida seja justificada e não importe em sacrifício integral do usuário.

No caso do Lote Litoral Paulista, as tarifas dinâmicas têm como objetivo induzir o comportamento dos usuários, estimulando a eficiência do serviço. A medida foi justificada como uma forma de otimizar a utilização da infraestrutura existente e assegurar a manutenção dos níveis de serviço na localidade, disponibilizando um serviço de melhor qualidade, na média, à totalidade dos usuários.

É fundamental destacar que, no projeto em comento, autoriza-se a Concessionária até mesmo a fechar a praça de entrada quando a densidade de veículos na rodovia ultrapassar determinado patamar. Contudo, no trecho em que estão localizadas as praças de entrada, há vias marginais que garantem a circulação dos veículos nos momentos em que as praças de entrada estiverem fechadas.

Essa possibilidade, aliás, parece-nos decisiva para a viabilidade do fechamento eventual das entradas. A vedação do acesso dos motoristas à

rodovia sem disponibilização de via alternativa de circulação, sacrificando em absoluto determinada classe de usuários, suscitaria objeções de difícil superação.

No mesmo sentido, não parece haver violação da igualdade entre usuários. Como já visto, os fatores de diferenciação das tarifas podem ser outros que não apenas o custo do serviço. Fundamental é que sejam estabelecidos critérios técnicos objetivos para que usuários na mesma situação – ou no caso, que pratiquem o mesmo comportamento (acessar a rodovia pela mesma praça de entrada e no mesmo intervalo) – não sejam tratados de forma desigual.

Aliás, dada a complexidade do serviço, sequer parece possível definir, com exatidão, o custo correspondente ao atendimento de cada usuário.

Não obstante a finalidade regulatória marcada pelo fator de gerenciamento, conforme se verá, as tarifas das praças de entrada são compostas por um elemento que prestigia o princípio da igualdade – o fator de cobertura (FC) – tratando os desiguais, desigualmente. Para cada praça de entrada, foi definido um fator de cobertura que visa a garantir que os usuários que circulem maiores distâncias contribuam mais com a manutenção do sistema.

A coexistência dos fatores de cobertura e de gerenciamento no cálculo das tarifas das praças de entrada revela que as finalidades contraprestacional e regulatória podem coexistir no momento de fixação das tarifas – podendo se dar ênfase a uma em detrimento da outra, a depender do nível de serviço constatado em determinado momento.

O princípio da modicidade tarifária é outro elemento que, à primeira vista, pode parecer estar sob ameaça. Não é o caso, entretanto.

Primeiramente, é oportuno salientar que o sistema de fluxo livre, por importar custos mais baixos com a construção, manutenção e operação das praças de pedágio, viabiliza a fixação de tarifas mais baixas. Ademais, a tarifa módica deve ser capaz de garantir as demais condições de um serviço público adequado: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na prestação.

Mas a recíproca é verdadeira: a justificativa de resguardar a eficiência do serviço, por exemplo, não pode servir de guarda para a fixação de tarifas exorbitantes.

Embora a palavra “módica” seja comumente associada à noção de pouco ou exíguo, o adjetivo em questão também remete ao significado de *não exagerado, moderado*<sup>29</sup> – e foi essa a significação albergada pelo § 1º do artigo 6º da Lei nº 8.987/1995. Aliás, sequer seria razoável inferir que o legislador determinou a fixação de tarifas exíguas sem conhecer a complexidade e particularidades de cada serviço público.

A interpretação da tarifa módica, portanto, só pode ser uma: a menor tarifa *possível*. E as questões que podem interferir nessa *possibilidade* são diversas, dentre as quais a capacidade de incentivar o comportamento do usuário com a finalidade de gestão da infraestrutura.

Portanto, a fixação das tarifas dinâmicas deve considerar: (i) a capacidade de induzir, ou não, o acesso do usuário à rodovia, a depender da densidade de veículos do trecho; e (ii) a impossibilidade de fixação de tarifas exorbitantes. Essa análise deverá ser feita pela área técnica, prevendo mecanismos para revisão dos limites estabelecidos de acordo com a resposta efetiva dos usuários.

Nesse sentido, o Anexo 22 do Edital prevê que a tarifa das praças de entrada se submeterá a um teto fixado pela Artesp (LIMITE TFF) que poderá ser revisto pela Agência Reguladora após proposta da Concessionária, a fim de viabilizar o atingimento das metas de nível de serviço. O limite inicialmente fixado considera o fator de gerenciamento máximo de 4 (quatro), cuja não observância caracteriza infração sujeita à aplicação de multa<sup>30</sup>.

Na análise do edital do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro, a área técnica do TCU propôs recomendação para que a ANTT reavaliasse o fator de gerenciamento de forma a evitar oscilações abruptas

---

<sup>29</sup> “módico

mó·di·co

adj

1 Que é escasso em valor; parco.

2 Que não é exagerado; comedido, moderado” (MÓDICO. In: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=zaKmv>. Acesso em: 26 out. 2021, n. p.).

<sup>30</sup> Cobrar TARIFAS DE PEDÁGIOS sem homologação ou em valores distintos dos fixados em CONTRATO, ANEXOS e APÊNDICES.

de tarifas a serem cobradas dos usuários. No relatório preliminar, a SeinfraRodoviaAviação externou preocupação com a possibilidade de aumento da tarifa em até 12 (doze) vezes e no intervalo de 5 (cinco) minutos, sugerindo que o Poder Concedente avaliasse uma majoração progressiva do fator de gerenciamento.

Os Ministros do órgão de controle, por sua vez, acolheram o aperfeiçoamento da redação da proposta de recomendação, sugerido pelo Ministério Público, no sentido de reavaliar o fator de gerenciamento para que o valor da tarifa fosse majorado *em função do nível de serviço da via expressa, com o objetivo de otimizar a utilização da capacidade do conjunto de vias, expressa e marginal*. Essa consideração parece ter sido acolhida no regramento do Lote Litoral Paulista, uma vez que a definição do fator de gerenciamento acima de 1 somente será possível quando a densidade de veículo for superior ao patamar fixado no item 3.1.3.6 do Anexo 22<sup>31</sup> e deve ser calibrada a partir da resposta efetiva dos usuários.

Outra questão que merece atenção se refere à generalidade do serviço (art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995). Por tudo quanto já fora exposto, a possibilidade de aumento das tarifas não representa obstáculos à generalidade, sobretudo se a fixação do limite for feita com a devida prudência. A possibilidade de fechamento das praças de entrada, contudo, é um ponto sensível: caso a densidade de veículos esteja saturada e a tarifa da praça de entrada já esteja no limite, a Concessionária poderá fechar o acesso pela referida praça (item 3.1.3.7 do Anexo 22)<sup>32</sup>.

Fechar o acesso à rodovia para determinada classe de usuários, sem garantia de via alternativa, poderia suscitar argumentos de violação à generalidade do serviço. Todavia, compreendendo-se a infraestrutura de forma global, caso as praças de entrada venham a ser fechadas, os veículos cujo acesso for inviabilizado poderão seguir circulando

31 “3.1.3.6. O FATOR DE GERENCIAMENTO poderá ser superior a 1 (um) em determinada PRAÇA DE ENTRADA, quando no respectivo sentido de trânsito, a média da DENSIDADE verificada no segmento da PRAÇA DE ENTRADA no período de 15 (quinze) minutos anteriores à respectiva verificação for superior a 16,16 (dezesseis inteiros e dezesseis centésimos), conforme regramento disposto no item 6” (ARTESP, 2021, p. 5).

32 Ibidem, p. 6.

pelas vias marginais e, eventualmente, ingressar na rodovia por acessos ainda disponíveis, quando superados os segmentos do trecho de maior densidade de veículos. Logo, não há afronta à generalidade do serviço.

Por todo o exposto, não parece haver ilegalidade na sistemática de tarifação dinâmica instituída no Lote Litoral Paulista. Há outras implicações do mecanismo, contudo, que merecem algumas observações.

### **3.4 A disposição de incentivos da tarifa dinâmica no Lote Litoral Paulista**

O incentivo declarado que o mecanismo da tarifa dinâmica visa produzir é inibir o acesso à rodovia pelas praças de entrada nos momentos em que a densidade de veículos esteja próxima do nível de serviço fixado para aquele trecho e horário.

Conforme item 6.1 do Anexo 22, a Concessionária deve buscar a manutenção da densidade de veículos no trecho Peruíbe-Praia Grande de forma que seja mantida abaixo das seguintes condições: (a) 27,96 cp/km/faixa nos períodos de pico<sup>33</sup>; e (b) 21,75 cp/km/faixa nos demais períodos. Para tanto, caso a densidade verificada no segmento da praça de entrada no período de 15 (quinze) minutos anteriores à respectiva verificação seja superior a 16,16 cp/km/faixa, a Concessionária poderá estabelecer fator de gerenciamento superior a 1 – resultando em tarifas mais altas<sup>34</sup>.

O usuário que trafega pelas vias marginais, então, terá duas opções: (i) ingressar na rodovia pagando uma tarifa maior ou (ii) seguir trafegando na via marginal sem a necessidade de pagamento de tarifa. Ao menos a princípio, a expectativa é que a medida induza uma parcela dos usuários a não ingressar na rodovia, preservando o nível de serviço no trecho.

Para que tal finalidade seja atingida, é essencial que o valor das tarifas seja informado de forma ostensiva na proximidade das praças de entrada. Sobre esse ponto, o item 1.2.1, “vi”, do Anexo 22,

<sup>33</sup> Esse período será definido pela Artesp, a partir de proposta tecnicamente justificada da Concessionária (item 6.1.1 do Anexo 22 do Edital).

<sup>34</sup> Item 3.1.3.6 do Anexo 22 do Edital.

determina que a Concessionária instale um sistema de sinalização que permita ao usuário visualizar o valor da tarifa vigente ou, eventualmente, que o acesso se encontra fechado. Exige-se, ainda, que a Concessionária disponibilize eu seu sítio na internet a média horários dos valores de tarifa, no mínimo, dos últimos 3 (três) meses anteriores (item 1.2.3 do Anexo 22).

Nos momentos de baixa densidade de veículos, a Concessionária poderá implementar descontos aos usuários visando a incentivar a utilização da via em determinados horários, desde que a política de concessão de descontos seja publicada em seu sítio eletrônico com antecedência mínima de 15 (quinze) dias (item 3.1.2.1 do Anexo 22). A faculdade se alinha com a promoção do uso racional da infraestrutura.

Os fatores de gerenciamento poderão ser distintos para cada praça de entrada, já que a densidade de veículos pode variar em cada segmento do trecho<sup>35</sup>. Ademais, considerando o dinamismo do nível de serviço, a Concessionária poderá alterar os fatores de gerenciamento em intervalos de 5 (cinco) minutos.

Um ponto que poderia minar a efetividade do mecanismo se referia à penalidade para os usuários que não realizassem o pagamento das tarifas cobradas nas praças de entrada. E, como referidas praças não possuem obstáculos físicos, o índice de evasão tende a ser maior quando comparada à evasão verificada nas praças de pedágio com barreira.

Até 31 de maio de 2021, a evasão do pedágio cobrado por meio de pórticos de fluxo livre não caracterizava infração descrita no Código de Trânsito Brasileiro (CTB)<sup>36</sup>. Na análise do edital do Sistema

35 O segmento de cada praça de entrada é a extensão entre a referida praça e a praça de entrada seguinte no mesmo sentido de trânsito (item 3.1.3.6, “b”, do Anexo 22 do Edital).

36 “Art. 209. Transportar, sem autorização, bloqueio viário com ou sem sinalização ou dispositivos auxiliares, deixar de adentrar às áreas destinadas à pesagem de veículos ou evadir-se para não efetuar o pagamento do pedágio:

Infração – grave;

Penalidade – multa” (BRASIL. Lei n. 14.157, de 1 de junho de 2021. Altera as leis n°s 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e 10.233, de 5 de junho de 2001, para estabelecer condições para a implementação da cobrança pelo uso de rodovias por meio de sistemas de livre passagem. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 2 jun. 2021a, p. 4).

Rodoviário Rio de Janeiro-São Paulo (BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ), inclusive, o Tribunal de Contas da União demonstrou preocupação com a efetividade do mecanismo, uma vez que, até aquele momento, a conduta de evasão do *free flow* não estava tipificada no CTB.

Com a promulgação da Lei nº 14.157/2021, contudo, foi acrescido o artigo 209-A ao CTB para tornar típica a conduta de “evadir-se da cobrança pelo uso de rodovias e vias urbanas para não efetuar o seu pagamento, ou deixar de efetuá-lo na forma estabelecida”<sup>37</sup>.

Sendo assim, embora ainda não se tenha um prognóstico preciso da resposta dos usuários à inovação legislativa, a tipificação da conduta tende a minimizar os efeitos da evasão de pedágio nas praças de entrada, o que é reforçado pelo dever da Concessionária de comunicar o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (DER/SP) e a Artesp sobre os usuários identificados que não efetuaram o pagamento das tarifas (itens 5.1.5 e 5.1.8 do Anexo 22). A aplicação da multa aos usuários inadimplentes ficará a cargo da Artesp e do Poder Concedente.

Outra questão que pode levantar inseguranças se refere à autonomia da Concessionária para definir o fato de gerenciamento e, consequentemente, as tarifas das praças de entrada. Natural se questionar se essa atribuição não pode incentivar o aumento das tarifas com intuito estritamente arrecadatório, desvirtuando a finalidade do mecanismo. Esse risco, todavia, parece mitigado pelo regramento contratual.

Primeiramente, parece-nos coerente que a fixação do fator de gerenciamento caiba à Concessionária, e não à Agência Reguladora, uma vez que é aquela quem tem maior proximidade e ingerência sobre a infraestrutura. Atribuir a definição da tarifa variável à Artesp, a princípio, representaria um gargalo à efetividade do mecanismo.

O item 3.1.3.1 do Anexo 22 determina que os fatores de gerenciamento sejam calibrados a partir da resposta efetiva dos usuários. Como forma de atestar essa calibragem, a concessionária será obrigada a enviar relatórios para a Artesp contendo uma série de informações sobre a operação das praças de entrada, dentre as quais: o cálculo do

---

37 Ibidem, p. 4.

indicador de desempenho e informação sobre a arrecadação das praças de entrada (item 6.2.4 do Anexo 22).

Sendo assim, a implementação do instituto está condicionada ao fornecimento de informações auditáveis (item 1.2.4 do Anexo 22) capazes de atestar a funcionalidade do mecanismo e, eventualmente, balanceá-lo.

O limite das tarifas será fixado pela Artesp, podendo vir a ser revisto para aprimoramento do controle e atingimento das metas (itens 3.1.4, “i”, e 5.2.2 do Anexo 22). A própria localização das praças de entrada poderá ser alterada, após aprovação da Agência Reguladora, com o fim de melhor controlar os níveis de serviço. E mais: caso o mecanismo da tarifação dinâmica não surta o efeito esperado, outras medidas operacionais para o trecho poderão ser propostas à Artesp<sup>38</sup>.

Essa flexibilidade para revisão do mecanismo é importante, dentro de um experimento de *sandbox regulatório*<sup>39</sup>, uma vez que viabiliza a revisão do mecanismo caso o resultado esperado não venha a se concretizar.

Antes mesmo da implantação definitiva do mecanismo, o Anexo 22 prevê uma espécie de período de teste de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis (Fase 1)<sup>40</sup>. Durante a Fase 1, os fatores de gerenciamento

---

38 “3.1.4. Após a conclusão da Fase 1, caso a CONCESSIONÁRIA, por 3 (três) apurações consecutivas, ou 6 (seis) apurações diversas, dentro de um período de 12 (doze) meses consecutivos, obtenha nota inferior a 0,5 (cinco décimos) para o Indicador de DENSIDADE do TRECHO PERUÍBE-PRAIA GRANDE, poderá propor à ARTESP, a fim de viabilizar o atingimento das metas de nível de serviço dispostas no APÊNDICE C:

i. a alteração do LIMITE TFF; e/ou  
ii. medidas operacionais diversas a serem implementadas no TRECHO PERUÍBE-PRAIA GRANDE. [...]

8.1. Os procedimentos previstos neste ANEXO poderão ser revistos, mediante acordo entre as PARTES e a ARTESP, para sua maior efetividade, inclusive em caso de superveniência de norma específica que disponha sobre sistema de cobrança por FLUXO LIVRE” (ARTESP, 2021, p. 6, 15).

39 Linhas gerais, o *sandbox regulatório* caracteriza um ambiente experimental de novos mecanismos, em um contexto limitado e controlado, viabilizando a testagem dos instrumentos antes da implementação definitiva no marco regulatório.

40 “4.1. A Fase 1 terá duração de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis diante das condições indicadas neste ANEXO, após o início da OPERAÇÃO COMERCIAL das PRAÇAS DE ENTRADA” (Ibidem, p. 6).

serão definidos pela Concessionária de forma antecipada, dando publicidade ao esquema de tarifação das praças de entrada, permitindo a realização de ajustes operacionais (item 4.2).

Com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias do início da operação comercial das praças de entrada, a Concessionária deverá enviar à Artesp, para revisão e aprovação, um cronograma indicando as tarifas a serem praticadas em cada praça de entrada e em cada período diário, durante os dias da semana (item 4.3). O cronograma inicial deverá ser publicado, com antecedência, em jornais de grande circulação e no sítio eletrônico da Concessionária (item 4.6).

Quaisquer mudanças no cronograma inicial durante a Fase 1 deverão ser submetidas previamente à Artesp, não podendo propô-las mais do que uma vez por mês calendário (item 4.7). Logo, durante a Fase 1, os fatores de gerenciamento serão mais perenes, não podendo ser alterados a cada 5 (cinco) minutos, como se dará após a implantação definitiva (item 3.1.3.4).

Sendo assim, parece-nos que o contrato prevê mecanismos adequados de validação, análise e calibração do mecanismo.

### **3.5 A repartição de riscos no mecanismo de tarifação dinâmica e o equilíbrio econômico-financeiro**

O item 7.2 do Anexo 22 do Edital determina que a receita arrecadada nas praças de entrada seja compartilhada entre a Concessionária e o Poder Concedente, excluindo-se as receitas relativas a usuários que não tenham efetivamente realizado o pagamento da tarifa. Por força do item 7.3, a Concessionária assume o risco da variação da receita proveniente das praças de entrada a ela atribuída, em virtude de evasão ou inadimplemento dos usuários.

Mecanismo semelhante de compartilhamento das receitas auferidas no *free flow* constou também do edital do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro-São Paulo (BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ).

Em uma primeira análise do edital federal, o Tribunal de Contas da União entendeu que, tratando-se de receita tarifária, os valores arrecadados no *free flow* teriam que ser considerados no equilíbrio econômico-financeiro. Determinou, entretanto, que a ANTT adequasse

os dispositivos contratuais que cuidavam das receitas provenientes do fluxo livre, de modo que essas receitas fossem tratadas em conformidade com as hipóteses previstas na Lei nº 8.987/1995 e revertidas integralmente em favor dos usuários na estruturação dos estudos.

A área técnica do TCU (SeinfraRodoviaAviação) registrou que a legislação não permitia que receitas que sabidamente seriam auferidas pela futura concessionária, tanto tarifárias quanto extraordinárias, fossem desconsideradas na estruturação do projeto, aumentando indevidamente os esforços da sociedade para amortizar os investimentos realizados na concessão, seja em termos de prazo e/ou de valores pagos pela fruição dos serviços. Logo, propôs que fosse determinado o ajuste nos documentos da licitação com vistas a harmonizar o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) e a minuta de contrato quanto à aplicação do fator de gerenciamento na cobrança de fluxo livre na Região Metropolitana de São Paulo (RMSP), em consonância com o art. 6º da Lei nº 8.987/1995.

No acórdão, todavia, após requerimento da ANTT e concordância do Ministério Público, a recomendação foi suprimida. O Ministro Relator entendeu que a imprevisibilidade das receitas oriundas do *free flow* justificavam o desenho regulatório diferenciado para as respectivas receitas. Logo, não parece haver ilegalidade no compartilhamento das receitas auferidas nas praças de entrada.

#### **4. CONCLUSÕES**

A instituição de tarifas como mecanismo de gerenciamento da demanda não é novidade no cenário regulatório nacional. Sobretudo se tratando de bem escassos – aqui inseridas as infraestruturas cuja sobrecarga inviabiliza a prestação de um serviço adequado – a implementação de instrumentos aptos a induzir o uso racional do bem são não apenas admitidas como também incentivadas.

No que se refere às tarifas dinâmicas como mecanismo de gestão de tráfego, a manifestação do Tribunal de Contas da União no Edital do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro-São Paulo (BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ) sinaliza que, instituído um regramento apto a controlar eventual desvirtuamento do instituto, sua criação não encontra óbices legais ou regulatórios.

A disciplina estabelecida no Edital de Concorrência Internacional nº 002/2021 – Lote Litoral Paulista, a princípio, parece gerenciar adequadamente a disposição de incentivos decorrentes da instituição da tarifação dinâmica, atendendo às recomendações feitas pelo TCU na análise do projeto federal. A efetividade do mecanismo para o fim a que se propõe, contudo, só poderá ser confirmada após sua implementação.

Projetos desafiadores demandam soluções inovadoras, e aquela pensada para o projeto estadual está amparada pelas diretrizes doutrinária e jurisprudencial. Ademais, como forma de mitigação do risco de inefetividade do mecanismo, o regramento contratual dispõe de instrumentos aptos a controlar, validar e calibrar a funcionalidade da sistemática de cobrança, alinhando-se à boa prática regulatória.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO.** *Estrutura tarifária*. Anexo 4 ao Contrato ARTESP n. 0359/2017. São Paulo: ARTESP, 2016.

**AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO.** *Free flow*. Anexo 22 ao Edital de Concorrência Internacional n. 002/2021 – Lote Litoral Paulista. São Paulo: ARTESP, 2021.

**BRASIL.** Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão 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 n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

**BRASIL.** Lei n. 14.157, de 1 de junho de 2021. Altera as leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e 10.233, de 5 de junho de 2001, para estabelecer condições para a implementação da cobrança pelo uso de rodovias por meio de sistemas de livre passagem. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 2 jun. 2021a.

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 407. É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de

usuários e as faixas de consumo. **Diário da Justiça eletrônico**: seção 1, Brasília, DF, ed. 487, 24 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9-6. Fixação de metas de consumo e de um regime especial de tarifação. Requerente: Presidente da República. Relator: Min. Néri da Silveira, 13 de dezembro de 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 fev. 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1766/2021**. Processo TC n. 039.400/2020-4. Desestatização BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 28 de julho de 2021b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3940020204.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 jul. 2022.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas – PPPs no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105-146, 2005.

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

MÓDICO. *In: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=zaKmv>. Acesso em: 26 out. 2021.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÃO PAULO. Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992. Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 1-3, 9 maio 1992.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

# *DISPUTE BOARDS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP: ASPECTOS GERAIS E TEMAS CONTROVERSOS*

Caio Gentil Ribeiro<sup>1</sup>

Iago Oliveira Ferreira<sup>2</sup>

Mateus Camilo Ribeiro da Silveira<sup>3</sup>

Vitor Gomes Moreira<sup>4</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Aspectos gerais sobre os *dispute boards* e a sua utilização nos contratos de concessão e PPP; 3 – O momento de constituição dos *dispute boards*; 4 – Regras para a escolha dos membros; 5 – O cumprimento de decisões que reconheçam obrigações pecuniárias a cargo do Poder Público; 6 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo pretende abordar a inserção dos *dispute boards* no âmbito dos contratos administrativos brasileiros, com foco específico sobre a sua aplicação aos contratos de concessão e PPP. Além de discutir as características gerais do instituto, enfrenta questões

- 
- 1 Procurador do estado de São Paulo. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP).
  - 2 Procurador do estado de São Paulo designado para atuação junto à Assistência de Arbitragens da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP). Mestrando em Economia pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EESP).
  - 3 Procurador do estado de São Paulo. Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro associado fundador do Instituto de Direito Administrativo Sancionador.
  - 4 Procurador do estado de São Paulo. Mestrando em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas em São Paulo (FGV Direito SP).

controversas que decorrem da sua aplicação à esfera público-privada – como o momento de constituição dos comitês de prevenção e solução de disputas, a escolha de seus membros e o cumprimento de decisões vinculantes de conteúdo pecuniário em desfavor do Poder Público –, na tentativa de oferecer algumas contribuições ao debate ainda incipiente que as acompanha.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Dispute boards.* Concessões. Parcerias público-privadas. Meios alternativos de solução de controvérsias.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar a inserção do mecanismo do *Dispute Board* (DB) nos contratos de concessão e PPP firmados entre o Poder Público e a iniciativa privada, explorando as principais características do instituto e enfrentando questões específicas que despontam da sua adaptação à seara público-privada.

Trata-se de tema relevante e na ordem do dia pois, não obstante existam importantes trabalhos sobre esse método de solução de conflitos na doutrina pátria, motivados pela sua crescente utilização nos contratos de construção celebrados no país, ainda são escassas as abordagens sobre a sua aplicação aos contratos administrativos, existindo questões sensíveis que ainda carecem de enfrentamento.

No intuito de abordar tais temáticas, propõe-se combinar a investigação bibliográfica e normativa a um estudo de caso, analisando recentes contratos editados pelo estado de São Paulo e pela União que preveem e disciplinam o instituto dos *dispute boards*, assim como regulamentações editadas por instituições que administram procedimentos dessa natureza.

## 2. ASPECTOS GERAIS SOBRE OS DISPUTE BOARDS E A SUA UTILIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP

O *dispute board* é um mecanismo contratual voltado à prevenção e solução das disputas entre as partes, em que se institui uma junta de especialistas no objeto do contrato para que façam o acompanhamento da sua execução e resolvam as disputas que eventualmente surjam em sua decorrência.

Nesse sentido, conforme lição de Fernando Marcondes, o *dispute board* é um

comitê formado por profissionais experientes e imparciais, contratado na fase inicial de execução de um projeto de construção para acompanhar o progresso da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à sua solução definitiva<sup>5</sup>.

No Brasil, utilizam-se diversos nomes para designar o instituto, sendo recorrente a previsão contratual de “juntas técnicas de solução de disputas”, ou “comitês/comissões de prevenção e solução de disputas”, sempre gravitando em torno da mesma ideia central, qual seja, a de instituir um colegiado de *experts* que previna e resolva disputas entre as partes. Tais funções podem ser exercidas por meio do acompanhamento da execução contratual, aconselhamento técnico, emissão de recomendações e/ou prolação de decisões vinculantes, a depender do tipo de comitê previsto contratualmente.

As principais classificações em que se encaixam as variações do *dispute board* dizem respeito ao momento de sua instituição e ao caráter vinculante de suas decisões.

Quanto ao momento de instituição, o *dispute board* pode ser instalado na fase inicial das obras, sendo classificado como permanente, ou apenas quando surja algum conflito, sendo *ad hoc*. Mais à frente neste escrito, serão discutidas as vantagens e desvantagens de cada um dos modelos, assim como são previstos nos principais instrumentos normativos de referência.

Já quanto ao grau de vinculação, as decisões dos comitês de prevenção e solução de disputas podem ser vinculantes, não vinculantes ou, ainda, apresentar os dois efeitos<sup>6</sup>. Quando a decisão é vinculante para as partes, o comitê classifica-se como *Dispute Adjudication*

---

5 MARCONDES, Fernando. Dispute board em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV Projetos*, Rio de Janeiro, ano 12, n. 30, p. 98-114, 2017, p. 101.

6 AMARAL, Flávio. O *dispute board* e os contratos de concessão. In: CUÉLLAR, Leila et al. (org.). *Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. São Paulo: Fórum, 2020, p. 102-103.

*Board* (DAB), e quando não existe vinculação, mas mera recomendação, classifica-se como *Dispute Review Board* (DRB). Quando se prevê ambas as funções para o comitê, geralmente, a depender da matéria, institui-se um *Combined Dispute Board* (CDB)<sup>7</sup>.

É importante ressaltar que a vinculação das partes às decisões dos DABs – ou CDBs, quando aplicável – possui natureza contratual, e não jurisdicional. Isso implica que, de um lado, essas decisões podem ser revistas jurisdicionalmente e, de outro, que eventual descumprimento não prescinde do acionamento do juízo estatal ou arbitral para fins de dar execitoriedade à decisão do comitê, tal como ocorreria com o descumprimento de uma cláusula contratual escrita.

Nesse sentido lecionam Augusto Barros e Ricardo Medina:

A disposição contratual que cria um DAB se limita a definir que sua decisão será vinculante. Contudo, isso não significa que ela possui jurisdição. Afinal, o resultado da heterocomposição promovida pelo DAB vincula as partes apenas contratualmente, e não tem força de sentença judicial, como ocorre na arbitragem [...]. Diferentemente da sentença arbitral, que tem força de título executivo judicial e não é, em regra, sujeitável a recurso nem dependente de homologação em juízo, as decisões do DAB restringem-se a gerar aditivo contratual, e, por assim ser, podem ser revistas jurisdicionalmente, seja no judiciário, seja em arbitragem.<sup>8</sup>

Sobre a possibilidade de revisão jurisdicional das decisões vinculantes do DB, é preciso destacar dois pontos. O primeiro é que, apesar de a revisão ser admissível, em tese, com base na inafastabilidade da tutela jurisdicional<sup>9</sup>, é preciso haver uma relevante margem de deférence por parte dos órgãos jurisdicionais em relação às decisões do DB, dada a maior *expertise* técnica e conhecimento fático que esses colegiados possuem. Nesse sentido inclina-se, por exemplo, a jurisprudência do

7 WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 6, 2005, p. 18.

8 FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 58.

9 Segundo Ricardo Aprigliano, “seria inválida qualquer cláusula que estipulasse a renúncia prévia às vias jurisdicionais, por incompatibilidade com nosso modelo constitucional e inobservância do princípio da reserva legal” (*Ibidem*, p. 307-308).

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no sentido de que o Poder Judiciário somente deve impedir o cumprimento de uma decisão do comitê em casos que fujam à normalidade<sup>10</sup>.

De outro lado, ainda que permaneça aberta a via para a contestação em juízo, a natureza contratual da vinculação torna a decisão do DB obrigatória para a parte vencida enquanto não houver provimento jurisdicional que suspenda a sua eficácia, devendo, por isso, ser cumprida. É o que se sedimentou na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, por meio da edição do Enunciado nº 76, que assim dispõe:

As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.<sup>11</sup>

Quanto às aplicações do *dispute board*, embora tenha se consolidado no direito da construção, o instituto possui campo fértil no âmbito das concessões e parcerias público-privadas. É que esses contratos também reúnem os principais elementos de compatibilidade com o DB, por serem contratos incompletos e de longa duração, e por terem execução que envolve matéria técnica altamente especializada, relativa a diversos campos do conhecimento<sup>12</sup>.

A presença cada vez maior de *dispute boards* em contratos de concessão e PPP é constatada em manual elaborado pela *Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)*, especialmente durante a fase de construção dos ativos de infraestrutura. O documento destaca, ao lado de outros exemplos mundiais, o sucesso na prevenção e rápida solução de disputas no âmbito do programa de parcerias público-privadas australiano<sup>13</sup>.

10 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (10ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento n. 2096127-39.2018.8.26.0000. Agravante: Consórcio TC Linha 4 amarela. Agravado: Metrô – Companhia do metropolitano de São Paulo. Relator: Torres de Carvalho, 30 de julho de 2018. *Diário de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, 2 ago. 2018.

11 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I jornada “prevenção e solução extrajudicial de litígios”: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, 2016, p. 12.

12 AMARAL, op. cit., p. 109.

13 DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019, pos. 1115.

Existe, portanto, amplo campo para atuação dos *dispute boards* em contratos administrativos, desde que restritos a litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, como ocorre em questões de reequilíbrio contratual.

Não por menos, os comitês de prevenção e solução de disputas vêm começando a ser regulamentados no direito público brasileiro, com enfoque especialmente dirigido à realidade dos contratos de infra-estrutura, tanto em sede contratual como normativa.

Pode-se citar como exemplo a Lei nº 16.873/2018 do município de São Paulo, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 60.067/2021. Em âmbito nacional, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal nº 14.133/2021) dispôs sucintamente sobre o instituto em seus artigos 151 e 154, assim como existe um projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 9.883/2018) que visa estabelecer regulamentação mais detalhada.

Já em sede contratual, destaca-se a utilização do instituto pelo estado de São Paulo, adotando comitê de natureza vinculante (DAB) no âmbito da concessão das Linhas 8 e 9 de trens metropolitanos<sup>14</sup>, recentemente adjudicada à iniciativa privada, e no contrato de PPP do projeto denominado Trem Intercidades – TIC (Trecho São Paulo-American), que se encontra em fase de consulta pública<sup>15</sup>.

Nesse contexto, dada a inserção cada vez maior do tema no direito das concessões e parcerias, começam a despontar debates sobre pontos relevantes da aplicação dos *dispute boards* às relações contratuais travadas com o Poder Público, dentre os quais se destacam: (i) o momento adequado para a sua instituição; (ii) as regras para a escolha dos membros do comitê; e (iii) como deve se dar o cumprimento de decisões que

---

14 Cf. SÃO PAULO. Anexo VII ao Contrato n. 02/2021: contrato de 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. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2021a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 27 out. 2021.

15 Cf. Cláusula Octogésima Terceira da Minuta de Contrato constante da Concorrência Internacional nº 01/2021 (SÃO PAULO. Concorrência Internacional n. 01/2021. Minuta de contrato. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2021b. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/136>. Acesso em: 27 out. 2021).

reconheçam obrigações pecuniárias ou de fazer com caráter pecuniário. Os próximos tópicos buscam oferecer luzes sobre tais temas, na tentativa de contribuir para o debate que se inicia.

### **3. O MOMENTO DE CONSTITUIÇÃO DOS *DISPUTE BOARDS***

Em contratos de concessão e PPP, os *dispute boards* podem ser constituídos e desconstituídos em diferentes momentos da execução do contrato. Como já referido acima, uma primeira opção é que tenham caráter permanente, sendo criados e mantendo-se em operação independentemente de existência de uma controvérsia.

Uma segunda opção é a dos chamados *dispute boards ad hoc*, que são constituídos provisoriamente apenas com o surgimento de controvérsia entre as partes com o objetivo específico de solucioná-la. Finalmente, também há a hipótese em que o contrato prevê a constituição também provisória de *dispute boards*, mas diante da ocorrência de situações definidas, como o início de fase de construção ou de revisões ordinárias.

O Regulamento da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por exemplo, prevê que os *dispute boards* permanentes serão constituídos a requerimento de qualquer das partes em até 60 dias após a celebração do contrato (Cláusula 2.12) e que será extinto findas as obrigações contratuais e resolvidas as controvérsias a ele submetidas (Cláusulas 2.13). O mesmo regulamento prevê que os *dispute boards ad hoc* serão constituídos para tratar de controvérsia específica e serão extintos após emissão de Provimento Final ou eventual resposta a pedido de esclarecimentos (Cláusula 2.14).

O *dispute board* permanente é visto como a forma padrão de constituição de *dispute boards*. Foi essa a modalidade adotada nas concessões das linhas 8 e 9 do Metrô de São Paulo<sup>16</sup> e é a prevista para o Trem Intercidades<sup>17</sup>. A forma permanente também é prevista supletivamente no citado Regulamento da CCBC para a hipótese em que não haja escolha expressa pelos contratantes (Cláusula 2.10).

---

16 Conforme disciplinado em SÃO PAULO, 2021a.

17 “Cláusula 83.2. O COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS será constituído até o fim da FASE PRELIMINAR” (SÃO PAULO, 2021b, p. 423).

Em especial, esta é a forma padrão de constituição em contratos de construção, que foram os contratos em que a figura do *dispute board* surgiu. Apontam-se uma série de vantagens na escolha dessa modalidade de constituição. Em especial, os membros de *dispute board* permanente têm mais oportunidade de ganhar familiaridade com o projeto e de acompanhar sua execução por meio de relatórios e visitas periódicas.

Além disso, a própria escolha dos membros do comitê tende a ser mais fácil nesse caso, pois é feita em momento em que ainda não surgiu nenhuma controvérsia sobre a execução do contrato que poderia levar a preferências contingentes das partes por membros que tenham uma ou outra orientação sobre a questão controversa<sup>18</sup>. De qualquer forma, quanto a essa segunda vantagem, observa-se que a dificuldade de constituição de comitês *ad hoc* pode ser parcialmente reduzida por previsões como a feita pela Cláusula 2.15 do Regulamento CCBC, segundo a qual “salvo disposição contrária das partes, os Membros do Comitê *ad hoc* serão automaticamente reconduzidos para a solução de eventual nova controvérsia”<sup>19</sup>.

Apontam-se, por outro lado, também algumas desvantagens na constituição de *dispute boards* permanentes. A primeira é o custo de remunerar os membros do comitê desde o início da execução do contrato. A segunda é que, no momento inicial do contrato, não se sabe com clareza quais são as controvérsias que irão surgir, o que torna difícil definir que tipo de qualificação profissional deveria ser exigida dos integrantes do comitê. Uma terceira desvantagem seria, diante de contratos complexos, submeter uma quantidade muito grande de controvérsias ao comitê, o que poderia atrasar a execução do contrato<sup>20</sup>. Um contrato recente que previu constituição de *dispute boards ad hoc* foi o da BR-153/TO/GO<sup>21</sup>.

18 PITRE, Paloma Gerzeli; ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Dispute boards: fundamentos e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura*. RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 151-184, 2016, p. 165-166.

19 CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. Regulamento para o comitê de prevenção e solução de disputas do CAM-CCBC. São Paulo: Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 2018, p. 4.

20 Ibidem, p. 166.

21 “Cláusula 41.4.2 A adoção do Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute board*) previsto nesta cláusula possui caráter facultativo para as Partes e será instaurada *ad hoc*” (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Contrato de concessão: edital n. 1/2021. Brasília, DF: ANTT, 2021, p. 66. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/abf5ab13-7964-a23b-03a5-6317dd73df96>. Acesso em: 18 nov. 2021).

Essas desvantagens dos *dispute boards* permanentes são mais salientes em contratos de longo prazo, em que diferentes fases geram diferentes potenciais de litigiosidade. Enquanto o contrato de construção vige apenas durante as obras, que ocorrem justamente no momento em que tendem a surgir mais controvérsias, contratos de concessão têm diversas fases com mais ou menos complexidade e potencial de controvérsia. Esses seriam os casos em que um modelo híbrido poderia ser preferível, prevendo-se a constituição do *dispute board* em fases específicas da execução do contrato.

#### **4. REGRAS PARA A ESCOLHA DOS MEMBROS**

Outra questão relevante no tema dos *dispute boards* em contratos com a Administração Pública consiste na delimitação de regras para escolha dos membros que compõem os aludidos comitês.

A princípio, cabe reforçar que as partes detêm liberdade para ajustar a forma e o funcionamento do comitê de solução de conflitos, o que inclui desde o procedimento até a indicação dos respectivos membros. No entanto, embora haja espaço para conformação contratual nesse tema, é corrente a adoção de certos modelos já consagrados na prática ou regulamentados por instituições de renome internacional<sup>22</sup>.

O número de técnicos que compõem o comitê pode variar, na esteira das condições contratuais avençadas. É comum, todavia, a composição por junta de três membros, cabendo a cada parte o direito de indicar um integrante. O presidente do comitê, então, é indicado por comum acordo entre os dois técnicos apontados pelas partes. Esse modelo foi adotado, por exemplo, na concessão das linhas 8 e 9 do Metrô de São Paulo<sup>23</sup>.

---

22 Nesse sentido: PEREIRA, Ana Carolina Migueis. Dispute boards e administração pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, 2015, p. 11.

23 Conforme Anexo VII, do Contrato de Concessão: “3. COMPOSIÇÃO 3.1 A COMISSÃO será formada por 3 (três) membros especializados, com experiência na gestão de ou assessoria a projetos de longo prazo no setor de transporte urbano de passageiros, que deverão, no âmbito de sua competência, conforme delimitado no item 2 deste ANEXO, atuar encorajando as PARTES a evitar disputas e as assistir na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à sua solução definitiva, sempre aplicando o disposto no CONTRATO e seus ANEXOS e observando a legislação aplicável. 3.1.1 Cada uma das PARTES indicará um membro para compor a COMISSÃO, devendo os membros indicados, de comum acordo, nomear o terceiro membro, a quem caberá a presidência da COMISSÃO (‘PRESIDENTE’)” (SÃO PAULO, 2021a, p. 2).

Sob a perspectiva dos interesses subjacentes ao contrato, é natural que a composição do comitê de resolução de disputas se apresente como componente importante do contrato, com impacto sobre a execução. A definição de regras de seleção daqueles que irão integrar o comitê é valiosa e delicada para as partes, já que irão se submeter às orientações e/ou decisões fixadas pelos membros técnicos<sup>24</sup>.

Nesse sentido, desponta o elemento da confiança que as partes depositam nos membros por elas indicados. Contudo, para além dessa feição, é fundamental que integrantes do comitê sejam imparciais e com conhecimento técnico a respeito do objeto executado no projeto, como aponta a doutrina<sup>25</sup>.

Para assegurar a imparcialidade dos membros, concebe-se, por exemplo, previsão contratual de que membros do comitê sujeitem-se a hipóteses similares de impedimento e suspeição previstas nos artigos 144 e 145, do Código de Processo Civil, para o exercício de função pelo magistrado, como consta no Anexo VII, do Contrato de Concessão das linhas 8 e 9<sup>26</sup>. Neste ponto, vale cogitar, em especial, a vedação de indicação de sujeitos que tenham vínculo profissional preexistente, seja com a Administração Pública ou com o pactuante privado.

No âmbito do município de São Paulo, a Lei nº 16.873/2018 – que regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura – contém previsão expressa, no artigo 7º, de que estão impedidos de funcionar como membros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio submetido, algumas das relações caracterizadoras de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que

24 Em vista da relevância na fixação de regras de escolha, é oportuna a minuciosa disciplina contratual neste tema, sem prejuízo de que eventuais lacunas sejam reportadas a regulamentos preexistentes de instituições com experiência na área.

25 PITRE; ANDRADE, op. cit., p. 164.

26 Conforme previsto na Cláusula 3.4: “Ressalvado o disposto no item 3.2 in fine, todos os membros da COMISSÃO deverão possuir experiência na gestão de ou assessoria a projetos de longo prazo no setor de transporte urbano de passageiros e deverão ser independentes em relação às PARTES, sendo-lhe aplicáveis as regras de impedimento e suspeição dos juízes previstas no Código de Processo Civil vigente e aquelas existentes no Capítulo III da Lei Federal nº 9.307/1996” (SÃO PAULO, 2021a, p. 3).

couber, os mesmos deveres e responsabilidades, nos termos do diploma processual civil. Afora o dispositivo, estipulou-se que os integrantes do comitê devem proceder com imparcialidade, independência, competência e diligência, conforme artigo 6º, § 3º, da lei municipal.

É possível discriminar, ainda, contratualmente, relações específicas de parcialidade ou conflito de interesses que possam minar a tarefa desempenhada pelos técnicos, proibindo-se a escolha daqueles que se enquadrem em determinadas situações objetivas.

Além do quesito da imparcialidade, o caráter técnico na escolha dos membros também pode ser reforçado por meio da estipulação de condições mínimas de formação técnica e experiência profissional reconhecidas e proporcionais às atividades a serem desempenhadas.

Por fim, é lícito avençar procedimento para impugnar a indicação realizada por qualquer das partes, quando em descompasso com os critérios fixados no contrato, como forma de assegurar vigência às regras, além de conferir segurança às partes quanto à lisura do comitê e fomentar a resolução extrajudicial de eventuais controvérsias. A viabilidade de impugnação está prevista, por exemplo, no Decreto municipal nº 60.067/2021, que regulamenta a Lei nº 16.873/2018, no município de São Paulo, nos termos do artigo 7, § 6º<sup>27</sup>.

Cabe acrescer que a disciplina normativa de parâmetros para escolha de membros dos comitês de resolução de disputas passou a estar positivada no ordenamento jurídico, de forma expressa, por meio da Lei nº 14.133/2021, que impôs a observância de “critérios isonômicos, técnicos e transparentes”, no artigo 154, inserido no Capítulo próprio para tratar dos meios alternativos de resolução de controvérsias em contratos administrativos.

O comando normativo, embora qualifique os critérios de escolha, não fornece clareza a respeito da efetivação desses parâmetros,

---

27 “§ 6º A autoridade mencionada no caput deste artigo poderá impugnar a nomeação, por qualquer contraparte, de membro de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas que se enquadre nas hipóteses de impedimento e suspeição” (SÃO PAULO. Decreto n. 60.067, de 10 de fevereiro de 2021. Regulamenta a lei n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. Diário Oficial do Município de São Paulo: seção 1, São Paulo p. 1, 10 fev. 2021c, p. 1).

em especial no que concerne à observância da isonomia no processo de escolha dos membros.

Uma interpretação possível da necessidade de se observar isonomia no processo de escolha exigiria, por exemplo, a necessidade de “rodízio” entre aquelas pessoas tidas pela Administração Pública como possíveis e qualificáveis membros do comitê de determinado projeto, vedando-se a indicação reiterada do mesmo sujeito para figurar nesta posição, ainda que detenha capacidade técnica e confiança do Poder Público. Essa interpretação, todavia, não é de simples aplicação concreta, de modo que seria interessante que a legislação tivesse precisado, de forma percutiente, o conteúdo do comando normativo<sup>28</sup>.

De toda forma, o dispositivo ressalta a necessidade de escolha impessoal, técnica e com observância da publicidade. Por esse motivo, cabe à Administração Pública estabelecer regime detalhado, que reforce o cumprimento desses parâmetros no processo de seleção, a exemplo das previsões anteriormente exemplificadas, sem prejuízo de outras.

## 5. O CUMPRIMENTO DE DECISÕES QUE RECONHEÇAM OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS A CARGO DO PODER PÚBLICO

Uma última celeuma que se coloca na utilização dos *dispute boards* em contratos de parceria diz respeito ao cumprimento das decisões que reconhecem a exigibilidade de obrigações de pagar a cargo do Poder Público, ou obrigações de fazer que tenham conteúdo pecuniário.

Como é sabido, a sistemática de pagamento e execução orçamentária dos entes públicos tem peculiaridades próprias, que exigem o prévio planejamento de gastos de forma compatível com as verbas disponíveis para cada exercício financeiro.

Nesse contexto, sobrevindo decisão vinculante do comitê de resolução de disputas que reconheça obrigação de pagar quantia pelo poder público, colocam-se, principalmente, duas questões: (i) se é possível

---

28 Para endereçar esse aspecto da indicação dos membros dos comitês, é viável que a Administração Pública se utilize de soluções como o cadastramento de sujeitos ou o tradicional recurso à hipótese de inexigibilidade de licitação, desde que promova e fomente, como dito, apontamento isonômico.

o seu cumprimento espontâneo pelo ente público e, em caso positivo, que formalidades devem ser observadas; e (ii) em caso de não cumprimento espontâneo, quais remédios executórios ficam à disposição do particular para efetivar a decisão.

Como se destacou no tópico 2, entende-se que a decisão vinculante dos comitês de resolução de disputa possui natureza obrigacional e força executória, de modo que o seu cumprimento é obrigatório para as partes, aplicando-se o *pacta sunt servanda*<sup>29</sup>.

Assim, o cumprimento espontâneo das decisões do *Dispute Adjudication Board* pelo Poder Público não apenas é possível como recomendável, independente da natureza da obrigação reconhecida. Isso porque a parte pública se vincula ao contrato da mesma forma que a parte privada<sup>30</sup>, não sendo diferente do que se passa com o cumprimento de uma cláusula contratual escrita.

Frise-se que, para tanto, não é necessária a celebração de aditivo ao contrato, pois a decisão vinculante do comitê já possui, por previsão contratual, eficácia constitutiva da obrigação a ser adimplida.

Naturalmente, será preciso tomar as necessárias cautelas do ponto de vista orçamentário e financeiro, uma vez que o cumprimento espontâneo de decisão de caráter pecuniário acarretará despesa não prevista originalmente.

Na forma do art. 165, § 5º, da Constituição Federal e do art. 6º da Lei nº 4.320/64, todas as despesas devem estar previstas no orçamento – é o que exigem os princípios da legalidade e universalidade orçamentárias. Por sua vez, o art. 167, inc. II, da Constituição Federal veda a realização de despesas fora do orçamento. Tais vedações têm por objetivo permitir o melhor planejamento da execução orçamentária e evitar que despesas feitas à margem da Lei Orçamentária Anual (LOA) desequilibrem as contas públicas.

---

29 “Desse modo, verifica-se que as decisões dos *dispute boards* têm natureza obrigacional e, consequentemente, possuem força executória, já que integram o contrato como se um dispositivo contratual fosse” (FIGUEIREDO; SALLA, op. cit., p. 73-74).

30 “Com relação à obrigatoriedade das decisões, essa característica também se dará para o Poder Público da mesma forma que ocorre com os atores privados. O dispute board tem natureza contratual, logo, suas decisões, que integram o próprio contrato, obrigarão as partes que assim anuíram” (PEREIRA, op. cit., p. 25).

Nesse sentido, para o pagamento voluntário deve-se observar as formalidades legais para a assunção de novas despesas, na forma da Lei Federal nº 4.320/64 e da Lei Complementar nº 101/2000, mediante a abertura de crédito suplementar – caso o pagamento reconhecido pelo DAB possa se enquadrar em alguma dotação orçamentária pré-existente – ou especial – caso se trate, efetivamente, de nova despesa, não enquadrável na Lei Orçamentária Anual (LOA) vigente<sup>31</sup>. Igualmente, será preciso verificar a existência de disponibilidades financeiras suficientes para cobrir a despesa a ser realizada, pressuposto para a abertura de qualquer dos mencionados créditos adicionais<sup>32</sup>.

Essa imposição constou da recente regulamentação feita pelo estado de São Paulo na concessão das Linhas 8 e 9 de trens metropolitanos, que se utilizou da figura do *Dispute Adjudication Board* – denominado Comissão de Prevenção e Solução de Disputas –, com caráter vinculante.

Ali se estipulou que o cumprimento de decisões da Comissão que reconheçam obrigação de pagar a cargo do Poder Público deve observar a sistemática de execução orçamentária-financeira da Administração Pública<sup>33</sup>. A única exceção a essa sistemática diz respeito às decisões que envolvam o cumprimento de indicadores de desempenho, eis que, em relação a estas, posições favoráveis à Concessionária não importarão, propriamente, em um pagamento por parte da Administração

---

31 “Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em: I – suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária; II – especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; III – extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública” (BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 2745, 23 mar. 1964, art. 41).

32 “Art. 43. A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição justificativa” (Ibidem, art. 43).

33 “4.14. As decisões emitidas pela COMISSÃO que determinarem a uma das PARTES a obrigação de pagar quantia à outra PARTE, ou a obrigação de fazer que possa ser representada em conteúdo pecuniário, deverão conferir o prazo mínimo de 30 (trinta) dias para o adimplemento da obrigação de fazer precitada e, em se tratando de obrigação de pagar, observar a sistemática de pagamento e execução orçamentária-financeira aplicável à ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ressalvadas as decisões envolvendo os INDICADORES DE DESEMPENHO ainda que de cunho pecuniário” (SÃO PAULO, 2021a, p. 7).

Pública, mas em ausência de desconto – ou desconto em patamar inferior ao pretendido – sobre a remuneração já prevista contratualmente, remuneração esta oriunda da arrecadação tarifária dos usuários e, portanto, não sujeita ao mencionado regime de execução orçamentária.

Cenário diverso se verifica caso haja discordância por parte da Administração Pública em relação à decisão prolatada pelo comitê de resolução de disputas, optando o gestor por contestá-la.

Nesse âmbito, o natural é que a discussão passe à seara jurisdicional, seja pela tomada de iniciativa da própria Administração Pública em questionar a decisão do DAB, ou, no caso de sua inércia, pela provocação do juízo estatal ou arbitral por iniciativa do particular prejudicado pelo inadimplemento da obrigação reconhecida pelo comitê, visando seu cumprimento. É que, não obstante ao DAB sejam outorgado poderes para emitir determinações vinculantes às partes, não lhe é outorgado qualquer poder coercitivo – o que nem mesmo seria possível, haja vista se tratar de matéria sujeita a reserva legal, não disponível à autonomia negocial das partes.

Caso venha a ser chancelada em sua validade e eficácia pela esfera jurisdicional, o cumprimento da decisão do comitê deverá seguir o regime de pagamento por precatório, conforme previsto no artigo 100 da Constituição Federal, dado ser este o único regime admissível no ordenamento jurídico para fins de determinação do dispêndio involuntário de recursos públicos.

Há de se admitir que o procedimento elimina ganhos de eficiência que poderiam ser obtidos por meio da utilização do instituto do *Dispute Adjudication Board* nos contratos com o Poder Público, no sentido de dar efetividade e celeridade ao equacionamento das disputas contratuais, permitindo a plena continuidade da execução contratual, conforme a prática utilizada no mercado de construção civil de “pagar agora e discutir depois”<sup>34</sup>. Na prática, as decisões pecuniárias do comitê assumem mero caráter recomendatório, cuja efetividade imediata fica na dependência do acatamento pela parte pública prejudicada. É possível, inclusive, que a disputa acabe se alongando por tempo ainda maior do que o

---

34 DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION, op. cit., pos. 1884.

que levaria caso o instituto não fosse contratualmente previsto, caso em que as partes ingressariam imediatamente em juízo ou instaurariam uma arbitragem para equacioná-la, fazendo com que a cláusula de *dispute board* promova resultado contrário ao buscado pelas partes.

No entanto, o regime constitucional dos precatórios é de aplicação cogente e intimamente conectado a preceitos de ordem pública, de modo que, salvo quanto às exceções consignadas na própria Constituição, não há como dispensá-lo nas execuções pecuniárias em face do Poder Público, qualquer que seja a natureza da obrigação de pagamento.

Face a esse dilema, definitivamente não há respostas prontas. Uma forma de evitar os desafios aqui comentados é a adoção de comitês com poderes meramente recomendatórios para os contratos com a Administração Pública. Trata-se da posição encampada pelo município de São Paulo, por meio do Decreto nº 60.067/2021<sup>35</sup>, que regulamentou a utilização do instituto pelo ente, assim como por parcela da doutrina. O argumento é de que tal modalidade, além de adequada aos conflitos público-privados, não careceria de efetividade, pois a qualidade técnica das decisões recomendatórias, aliada à costumeira chancela por elas recebidas em sede jurisdicional, impeliria as partes ao cumprimento espontâneo<sup>36</sup>.

Porém, é fato que outros entes federativos fizeram ou podem vir a fazer opção pela adoção da modalidade de comitê vinculante, em relação aos quais o dilema em torno do cumprimento de decisões que reconhecem a exigibilidade de pagamentos por parte da Administração Pública permanece. No caso do estado de São Paulo, que vem adotando tal modalidade em projetos recentes, a solução contratual parece ter indicado a execução por precatório como obrigatória, o que decorreria da já mencionada previsão de que o cumprimento de decisões com

---

35 “Art. 2º, § 3º. O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas a que for atribuída natureza revisora poderá emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio, não sendo aplicável qualquer regulamentação em sentido contrário” (SÃO PAULO, 2021, art. 2º).

36 Nesse sentido: VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os *dispute boards* e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 131-151, 2013.

caráter pecuniário deve observar “a sistemática de pagamento e execução orçamentário-financeira” aplicável à Administração Pública<sup>37</sup>.

Uma possível via para o equacionamento do problema pode se dar pelo oferecimento de garantias públicas para assegurar o adimplemento de valores devidos pelo Poder Concedente, uma vez que, vindo o DAB a reconhecer a exigibilidade de obrigação coberta pelo mecanismo de garantias, estas podem ser executadas diretamente pelo parceiro privado, sem recurso à jurisdição, para a satisfação de seu crédito<sup>38</sup>.

Não obstante seja usual a previsão de uma abrangência limitada ao instituto das garantias públicas, voltando-se ao resguardo de obrigações financeiras bem definidas no contrato (*v.g.*, pagamento de contraprestações), nada impede que se preveja um escopo mais abrangente para a cobertura por elas oferecida, que possa albergar, se não todas, a grande maioria das obrigações adjudicáveis pelo DAB em benefício do parceiro privado. Exemplo de formulação nesse sentido é utilizada nos contratos de PPP celebrados pelo estado da Bahia, em que se prevê garantia pública não apenas em relação aos pagamentos expressamente previstos no contrato, mas também abrangendo “as indenizações em geral” devidas pelo Concedente à Concessionária<sup>39</sup>, hipó-

37 Além do mencionado projeto da concessão das Linhas 8 e 9 da Rede de Trens Metropolitanos, a mesma previsão consta do contrato de PPP do Trem Intercidades – TIC (Trecho São Paulo-Americanas), que se encontra em fase de consulta pública (SÃO PAULO, 2021b, Cláusula 83.22.1). Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/136>. Acesso em: 29 out. 2021.

38 No estado de São Paulo, por exemplo, há previsão genérica admitindo que o Poder Público ofereça garantias com o objetivo de “mitigar os riscos e diminuir os custos” associados a PPPs e outras categorias de contratos administrativos (art. 17, parágrafo único, Lei Estadual nº 16.933/2019).

39 Cf. o Contrato de Concessão Patrocinada para Implantação e Operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas, cuja Cláusula 29.2 assim dispõe: “29.2. O fiel adimplemento das obrigações pecuniárias do CONCEDENTE no âmbito do presente CONTRATO será garantido com cotas do FGBP, a ser efetivamente constituído até a assinatura do CONTRATO, nos termos da Lei estadual nº 12.610, de 27 de dezembro de 2012 e eventuais alterações posteriores, e do seu Estatuto e Regulamento. 29.2.1. As obrigações pecuniárias do CONCEDENTE garantidas pelo FGBP são as seguintes: (i) as CONTRAPRESTAÇÕES EFETIVAS; (ii) as parcelas acrescidas às CONTRAPRESTAÇÕES EFETIVAS decorrentes dos riscos assumidos pelo CONCEDENTE, nos termos das cláusulas 25.4.6 e 25.4.7; (iii) o APORTE DE RECURSOS; e (iv) indenizações em geral devidas pelo CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, sobretudo aquelas decorrentes das hipóteses de extinção antecipada do CONTRATO” (BAHIA. Contrato n. 01/2013: contrato de concessão patrocinada para implantação e operação do sistema metroviário de Salvador e Lauro de Freitas. Salvador: Secretaria de Desenvolvimento Urbano, 2013, p. 110-111). Disponível em: [http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto\\_metro.htm](http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_metro.htm). Acesso em: 18 dez. 2021.

tese na qual podem ser enquadrados variados pleitos de reequilíbrio que venham a ser submetidos ao crivo do comitê de prevenção e solução de disputas.

Por fim, a par do equacionamento via garantias públicas, haverá também quem defenda soluções alternativas ao regime de precatórios para fins de dar efetividade prática à aplicação do instituto do DAB nos contratos público-privados, como se faz em relação às sentenças arbitrais<sup>40</sup>, apesar de ainda não se ter conhecimento de escritos que adotem essa abordagem, talvez pelo estágio embrionário em que se encontra o debate.

Diante de todo esse contexto, a única certeza é que o tema carece de maior reflexão doutrinária e prática, na tentativa de encontrar soluções efetivas e compatíveis com o ordenamento jurídico-constitucional. O objetivo aqui foi apenas apresentar os principais contornos da discussão e o paradoxo que a envolve, mencionando as primeiras tentativas para o seu equacionamento e lançando sementes para um aprofundamento subsequente.

## 6. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou apresentar as características principais do instituto do *dispute board*, ressaltando a sua adequação e utilização crescente no âmbito dos contratos administrativos, especialmente na área de concessões e PPPs.

Como se pôde ver, a tradução desse instituto para a área das concessões e PPPs, apesar de recomendável, não se faz sem controvérsias e desafios, decorrentes da necessidade de compatibilizar um instituto que surge no direito privado para as relações contratuais público-privadas.

---

40 Advogando tal posição: SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 81. Apesar de haver quem defenda soluções nesse sentido, aderimos à posição de que é obrigatória a observância do regime do artigo 100 da Constituição Federal, por previsão legal e para fins de coerência sistemática do ordenamento processual brasileiro. Para maior detalhamento dessa discussão, cf. MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 278 ss.

Nesse contexto, destacou-se a escolha quanto ao momento de constituição dos comitês de resolução de disputas, apontando as vantagens e desvantagens dos *dispute boards* permanentes e *ad hoc* e ressaltando como cada uma dessas modalidades encontra previsão nos regulamentos de referência, ilustrando também como vêm sendo traduzidas para o cenário dos contratos de parceria no Brasil.

Igualmente, enfrentou-se as principais questões envolvendo a escolha dos membros e as soluções normativas aplicáveis para a garantia de sua imparcialidade, destacando-se a importância desta última quando se tem como contratante uma parte pública.

Por fim, abordou-se as peculiaridades que envolvem o cumprimento de decisões vinculantes de caráter pecuniário em desfavor da Administração contratante, cenário em que se verifica verdadeiro dilema entre a necessidade de observância à sistemática de pagamentos própria dos entes públicos e o reclamo por maior efetividade do mecanismo dos *dispute boards* nos contratos públicos. Buscou-se ensaiar algumas soluções nesse tema, que permanecem, no entanto, carentes de maior aprofundamento.

Longe de pretender exaurir o tema, o presente ensaio tencionou tão-somente oferecer singelas contribuições para esses importantes debates que ora se iniciam na esfera do direito público brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Contrato de concessão:** edital n. 1/2021. Brasília, DF: ANTT, 2021.

AMARAL, Flávio. O *dispute board* e os contratos de concessão. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* (org.). **Direito administrativo e alternative dispute resolution:** arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. São Paulo: Fórum, 2020. p. 99-113.

BAHIA. **Contrato n. 01/2013:** contrato de concessão patrocinada para implantação e operação do sistema metrorviário de Salvador e Lauro de Freitas. Salvador: Secretaria de Desenvolvimento Urbano, 2013.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços

da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2745, 23 mar. 1964.

**CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. Regulamento para o comitê de prevenção e solução de disputas do CAM-CCBC.** São Paulo: Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 2018.

**CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I jornada “prevenção e solução extrajudicial de litígios”:** enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, 2016.

**DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. Dispute board manual: a guide to best practices and procedures.** Charlotte: Spark Publications, 2019.

**FIGUEIREDO**, Augusto Barros de; **SALLA**, Ricardo Medina (coord.). **Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

**MARCONDES**, Fernando. Dispute board em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. **Cadernos FGV Projetos**, Rio de Janeiro, ano 12, n. 30, p. 98-114, 2017.

**MEGNA**, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

**PEREIRA**, Anna Carolina Migueis. Dispute boards e administração pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, p. 9-28, 2015.

**PITRE**, Paloma Gerzeli; **ANDRADE**, Letícia Queiroz de. *Dispute boards: fundamentos e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura*. **RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 151-184, 2016.

**SÃO PAULO**. Tribunal de Justiça de São Paulo (10<sup>a</sup> Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento n. 2096127-39.2018.8.26.0000. Agravante: Consórcio TC Linha 4 amarela. Agravado: Metrô – Companhia do metropolitano de São Paulo. Relator: Torres de Carvalho, 30 de julho de 2018. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 2 ago. 2018.

**SÃO PAULO. Anexo VII ao Contrato n. 02/2021:** contrato de 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. São Paulo: Secretaria dos Transportes

Metropolitanos, 2021a. Disponível em <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em 18 nov. 2021

**SÃO PAULO. Concorrência Internacional n. 01/2021.** Minuta de contrato. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2021b.

**SÃO PAULO.** Decreto n. 60.067, de 10 de fevereiro de 2021. Regulamenta a lei n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. **Diário Oficial do Município de São Paulo:** seção 1, São Paulo p. 1, 10 fev. 2021c.

**SCHMIDT, Gustavo da Rocha.** *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação.* 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

**VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá.** Os *dispute boards* e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano. 10, n. 38, p. 131-151, Jul./2013.

**WALD, Arnoldo.** A arbitragem contratual e os dispute boards. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 9-24, 2005.

# O CONTROLE JUDICIAL DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO: UMA ANÁLISE À LUZ DO CASO METRA

Lucas Leite Alves<sup>1</sup>

Matheus Alves Nascimento<sup>2</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Da metodologia aplicada ao estudo de Caso Metra; 3 – Relato dos principais achados de pesquisa do Caso Metra; 4 – Questões jurídicas relevantes sobre o debate da prorrogação antecipada à luz do Caso Metra; 5 – Conclusão; Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade analisar as questões jurídicas relevantes acerca dos limites jurídicos da prorrogação antecipada de contratos de parceria no âmbito do estado de São Paulo, construindo, para a comunidade jurídica, um conhecimento sistematizado e embasado na aplicação prática do instituto em referência, previsto na Lei estadual n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019. Para tanto, os temas abordados perpassam pelas diferenças existentes entre o regime jurídico

---

1 Procurador do estado, atuando na Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral na coordenação do contencioso de regulação e contratações públicas. Mestre em Direito Público e especialista em Direito Econômico pela Fundação Getulio Vargas (FGV-SP).

2 Procurador do estado, atuando na Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral no núcleo responsável pelo acompanhamento jurídico dos Projetos de Concessões e Parcerias Público-Privadas do estado de São Paulo.

aplicável nas esferas federal e estadual, por uma análise crítica do juízo de (in)constitucionalidade do instituto e pela diferenciação das espécies de prorrogação dos contratos de concessão. Com efeito, adotou-se a metodologia do estudo de caso, permitindo-se extrair, dos litígios relacionados ao Termo de Aditamento n. 13 ao Contrato de Concessão n. 020/1997 (Caso de prorrogação antecipada do Contrato de Concessão Metra), os principais pontos que devam ser debatidos pela esfera judicial. Ao final, detraído das reflexões expressadas, propôs-se um roteiro para auxiliar a comunidade jurídica na revisão da validade das prorrogações antecipadas dos contratos de parceria estadual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato. Concessão de serviços públicos. Prorrogação antecipada. Controle judicial.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019, prevê a possibilidade de prorrogação antecipada dos contratos de parceria do estado de São Paulo. A primeira experiência prática de aplicação desse instituto no âmbito estadual ocorreu em 23 de março de 2021, com a aprovação do Termo de Aditamento n. 13 ao Contrato de Concessão n. 020/1997<sup>3</sup>.

O processo que resultou na prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra se iniciou em razão de requerimento administrativo formulado pela concessionária. No bojo do mesmo expediente, a Secretaria de Transportes Metropolitanos qualificou a concessão como um empreendimento passível de prorrogação (artigo 2º da Lei Estadual n. 16.933/2019) e determinou a instituição de um grupo de trabalho para estudar a proposta do ponto de vista técnico-operacional, econômico-financeiro e jurídico. O grupo de trabalho produziu um estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira (EVTE), um relatório de vantajosidade e um parecer jurídico.

As conclusões técnicas desse grupo de trabalho foram remetidas à Secretaria de Transportes Metropolitanos e à Subsecretaria de Parcerias,

---

<sup>3</sup> Ao longo da exposição, usaremos a expressão contrato de concessão da Metra como sinônima do termo Contrato de Concessão 020/1997.

entidades que contribuíram para o aprimoramento da proposta. Após rodadas de negociações, o estado de São Paulo conseguiu (i) descontos e parcelamentos em desequilíbrios contratuais devidos à concessionária no contrato original; (ii) transferiu o risco de desapropriações do projeto para a concessionária; (iii) incorporou uma série de avanços regulatórios baseados nas disposições da Lei de Mobilidade Urbana e nas melhores práticas de outros grandes projetos de infraestrutura estaduais (com redução de tarifa para os usuários, diminuição de TIR do contrato original, uso de energia limpa); (iv) antecipou a realização de investimentos para o momento presente; e (v) conseguiu estruturar uma solução que promete trazer sinergia e qualidade para o sistema de transportes na Área 5 da Região Metropolitana de São Paulo, dominada por prestadoras de serviço contratados em um regime de permissão de serviço público<sup>4</sup>.

Em seguida, os relatórios técnicos e pareceres foram remetidos ao Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização, o qual deliberou por reconhecer a vantagem da prorrogação antecipada diante da solução de licitar os serviços de forma autônoma com base nas avaliações técnicas e jurídicas produzidas.

Diante disso, foram aprovados dois decretos: (i) o Decreto n. 65.574, de 18 de março de 2021, o qual autoriza a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara; e (ii) o Decreto n. 65.575, de 18 de março de 2021, o qual aprova o regulamento da prorrogação da concessão do serviço.

Por fim, a questão foi encaminhada para análise jurídica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e o aditivo foi firmado pela Secretaria de Transportes Metropolitanos.

O fluxograma a seguir resume a tramitação do processo administrativo:

---

4 A Área 5 é o conjunto de linhas nos municípios de Diadema, Mauá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul que, desde 2005, por cinco vezes foi licitada sem sucesso e que, com a implantação de um sistema de ligação entre o sudeste da Capital e a região do ABC, teria ainda mais reduzido interesse comercial. Trata-se de região atualmente operada em regime de permissão e com avaliação ruim no Índice de Qualidade do Transporte (IQT). Conforme atestado pelos técnicos da EMTU, a Área 5 necessariamente teria de ser explorada conjuntamente com o BRT ABC Paulista, por inviabilidade de ser concedida de forma autônoma.



Fonte: Elaborado pelo autor Lucas Leite Alves em 2021.

Após isso, o aditivo e os atos normativos que o respaldaram – Decretos estaduais n. 65.574/2021 e n. 65.575/2021 – tiveram a validade questionada na esfera judicial em três processos distintos: (i) Processo n. 10163107020218260053 (e Agravo de Instrumento n. 2073301-14.2021.8.26.0000); (ii) Processo n. 1043608-37.2021.8.26.0053 e (iii) Processo n. 2144812-72.2021.8.26.0000 (e Agravo Regimental Cível n. 2144812-72.2021.8.26.0000/5000).

O objetivo deste artigo é analisar as questões jurídicas relevantes que perpassam essas três demandas a fim de tentar compreender melhor os limites jurídicos da prorrogação antecipada de contratos de parceria no âmbito do estado de São Paulo, construindo, para a comunidade jurídica, um conhecimento sistematizado e embasado na aplicação prática do instituto.

Para tanto, adotamos a metodologia do estudo de caso, a qual nos permitiu extrair dos litígios os principais pontos que devem vir a ser debatidos pela esfera judicial.

Esses achados de pesquisa compõem um relato sistematizado que norteia a reflexão jurídica feita no item 4, a qual abrange temas como as espécies de prorrogação, os contornos do instituto desenhados na legislação estadual, os impactos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.991/DF e os limites da revisão da validade desse tipo de contratação. Como fruto

dessa análise, estruturamos um roteiro para auxiliar a comunidade jurídica na revisão da validade das prorrogações antecipadas dos contratos de parceria estadual.

## 2. DA METODOLOGIA APLICADA AO ESTUDO DE CASO METRA

Para identificar quais questões relativas à prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra foram judicializadas e, a partir disso, desenvolver uma análise que dialogue com as necessidades práticas da comunidade jurídica no que concerne à aplicação do instituto e ao controle da legalidade desse tipo de prorrogação, procedemos a um estudo de caso.

Este estudo abrange três processos judiciais: (i) Processo n. 10163107020218260053 (e Agravo de Instrumento n. 2073301-14.2021.8.26.0000); (ii) Processo n. 1043608-37.2021.8.26.0053; e (iii) Processo n. 2144812-72.2021.8.26.0000 (e Agravo Regimental Cível n. 2144812-72.2021.8.26.0000/5000).

Para selecionar esses processos, realizamos um levantamento das ações judiciais que foram propostas até o dia 18 de novembro de 2021 no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo objeto fosse a validade do termo aditivo ou dos atos normativos que autorizaram a prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra.

Esse levantamento foi efetivado por meio do sistema de gestão processual da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e levou em conta informações colhidas com a chefia do Núcleo de Regulação e Contratações Públicas da Subprocuradoria-Geral do Contencioso Geral<sup>5</sup>.

Depois, analisamos as principais manifestações processuais das partes autoras, do Ministério Público e dos órgãos judiciais, com o objetivo de identificar e sistematizar as questões jurídicas que podem ensejar a invalidação da prorrogação antecipada.

Para facilitar a organização das informações, utilizamos a metodologia do *case brief*, que consiste na confecção de “uma ficha de leitura especialmente elaborada para registro e análise de informações

---

<sup>5</sup> A Subprocuradoria-Geral do Contencioso Geral é o órgão de coordenação setorial da Procuradoria-Geral do Estado e ao qual é vinculado um dos autores deste artigo (Lucas Leite Alves).

de jurisprudência [...]”<sup>6</sup>. Nessas fichas, constam o número de registro processual, a identificação das partes em litígio, um resumo dos principais fatos do processo, as principais questões jurídicas e as observações que nós, como pesquisadores, reputamos relevantes.

Importante esclarecer que as fichas de leitura abrangem as questões jurídicas aduzidas nos processos principais e nos incidentes processuais que destes decorrem, tais como recursos de Agravo de Instrumento e Agravo Regimental Cível. Não incluímos questões suscitadas em Embargos de Declaração ou em pedidos de reconsideração.

Além disso, a triagem das proposições que qualificamos como questões jurídicas levou em conta se o autor da proposição fez menção a fundamentos normativos claros, tais como violações a regras ou princípios constantes em dispositivos constitucionais, legais ou regulamentares.

Observados esses critérios de triagem, preenchemos três fichas de leitura – que constam em anexo a este artigo – e, a partir das informações nelas consolidadas, elaboramos o relato com os principais achados de pesquisa.

Em seguida, fizemos uma depuração para selecionar questões que entendemos relevantes daquelas que seriam impertinentes, conforme mais bem explicado no item 3.

Por fim, desenvolvemos, no item 4, a análise das questões jurídicas relevantes e propusemos, a partir desse esforço de aprofundamento, um roteiro para auxiliar o controle da legalidade desses aditivos celebrados no estado de São Paulo.

### **3. RELATO DOS PRINCIPAIS ACHADOS DE PESQUISA DO CASO METRA**

O arranjo jurídico formado pelo aditivo contratual e pelos decretos estaduais que instrumentalizaram a prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU/SP n. 020/1997 foi questionado em uma ação popular e em dois mandados de segurança.

---

<sup>6</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 305.

Apesar de serem ações propostas por autores distintos e perante diferentes órgãos do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, essas demandas veiculam proposições jurídicas semelhantes.

A estrutura das petições, o modo como articulados os argumentos e a menção que uma faz em relação à outra são reveladores de uma prática jurídica previamente concertada para a obtenção da invalidação do contrato ou de sua suspensão.

Outro indício que reforça a desconfiança de uma atuação conjunta é extraído do fato de que, nos três processos, houve a anexação de uma Nota Técnica do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor que avaliou a legalidade e os impactos da prorrogação antecipada do contrato.

Faz-se esta avaliação inicial do contexto processual porque ela nos permite compreender o motivo de havermos identificado, nas três demandas, proposições jurídicas semelhantes. Como consequência disso, entendemos que é possível fazer o relato do caso de forma unificada, já que o cerne dos três processos é substancialmente análogo.

A primeira demanda proposta para questionar a prorrogação antecipada foi uma ação popular ajuizada no dia 19 de março de 2021 por Alceni Salviano da Silva (Ficha 1).

A petição inicial foi aditada pelo autor, tendo sido formulado um pedido de tutela provisória para suspender o aditivo de prorrogação antecipada e um pedido principal de anulação do contrato.

Ao longo do processo, além da petição inicial, constam um parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo em primeira instância opinando pelo deferimento de tutela provisória para suspender o aditivo de prorrogação antecipada; uma decisão de primeiro grau indeferindo a tutela provisória requerida; um parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo em segunda instância opinando pelo desprovimento do Agravo de Instrumento interposto pelo autor popular; duas decisões monocráticas do desembargador relator do processo; e uma decisão, em Agravo de Instrumento, desprovendo a tutela provisória, a qual foi deferida pelo colegiado da 3<sup>a</sup> Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consoante se extraí da análise dos autos do processo judicial, o autor popular tentara a suspensão do aditivo contratual no primeiro grau,

mas somente obteve decisão favorável em um pedido de reconsideração liminarmente apreciado pelo desembargador relator do processo. Essa decisão inicial veio a ser substituída, por unanimidade, por pronunciamento do colegiado da 3<sup>a</sup> Câmara de Direito Público, que decidiu desprover o agravo de instrumento do autor popular por considerar que a suspensão da prorrogação antecipada poderia ocasionar prejuízos ao Poder Público e à prestação dos serviços de transporte à população.

O segundo caso analisado é o mandado de segurança ajuizado pela Tucuruvi Transportes e Turismo LTDA, permissionária do serviço de ônibus (Ficha 2). A demanda foi protocolada em 14 de julho de 2021 e tinha pedido de tutela provisória para suspender a concessão das 85 linhas intermunicipais que foram incluídas no aditivo de prorrogação antecipada. O pedido principal formulado concerne ao direito de operar a concessão que a impetrante vier a obter após a abertura de concorrência pública relativa às 85 linhas de ônibus. O juízo de primeiro grau indeferiu a tutela provisória. Neste caso específico, o Ministério Público do Estado de São Paulo juntou aos autos a Nota Técnica do Instituto de Defesa do Consumidor e solicitou que as partes se manifestassem sobre o assunto.

A terceira ação fichada é um mandado de segurança impetrado pela Viação Ribeirão Pires LTDA, tendo como pedido principal a anulação dos Decretos estaduais nº 65.574/21, n. 65.575/2021, e do aditivo de prorrogação antecipada ao contrato de concessão da Metra (Ficha 3). Houve pedido de tutela provisória para suspensão dos efeitos dos atos normativos e do aditivo, o qual foi indeferido monocraticamente e colegiadamente.

Assim, até o momento em que se produz este artigo, a avaliação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem sido a de que a suspensão dos efeitos do aditivo de prorrogação antecipada poderia gerar graves prejuízos ao Poder Público e à população usuária do serviço de transporte coletivo. As decisões colegiadas não revelam uma análise aprofundada a respeito da legalidade do aditivo, o que provavelmente ocorrerá com o julgamento do mérito das três demandas.

De todas essas manifestações, é possível extrair duas ordens de proposições jurídicas que podem gerar a invalidação do aditivo contratual: (a) proposições relativas à forma como a prorrogação antecipada do

contrato de concessão da Metra ocorreu e (b) proposições que questionam a constitucionalidade do instituto da prorrogação antecipada previsto na legislação estadual.

Entre essas questões jurídicas, algumas ilustram dúvidas e dificuldades relevantes que permeiam o debate sobre a prorrogação antecipada de contratos de parceria estaduais. Outras são questões que reputamos impertinentes porque formuladas a partir de uma análise superficial ou evidentemente equivocada de fatos e normas aplicáveis à situação jurídica, ou porque não têm como tema central a aplicação do instituto da prorrogação antecipada.

No Quadro 1, organizamos os argumentos a partir dos critérios de triagem anteriormente delimitados. As questões que reputamos irrelevantes foram excluídas com base nos motivos destacados na coluna da direita:

Quadro 1.

QUESTÕES SOBRE APLICAÇÃO CONCRETA DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA	MOTIVO DA EXCLUSÃO
(i) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode acontecer porque abrange serviços não previstos no objeto do contrato original	
(ii) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode acontecer porque modifica a natureza do contrato original	
(iii) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode acontecer porque o contrato fora prorrogado anteriormente	
(iv) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode acontecer porque, com o aditamento, o contrato supera o prazo de 35 anos previsto na Lei Federal n. 11.079/2004	O limite de 35 anos previsto no artigo 5º, I, da Lei n. 11.079/2004 é aplicável a contratos de parceria público-privada, não limitando prorrogações antecipadas celebradas em contratos de concessão comum.
(v) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode acontecer porque não houve estudo técnico demonstrando a vantagem de prorrogar no lugar de licitar	Existe um estudo técnico produzido com base no artigo 7º, da Lei n. 16.933/2019, de modo que entendemos irrelevante problematizar esse fato.
(vi) O instituto da prorrogação antecipada não é aplicável aos contratos do setor de transporte coletivo porque isso viola o artigo 10 da Lei federal n. 12.587/2012	O artigo 10 da Lei federal n. 12.587/2012 não afasta a possibilidade de prorrogação antecipada nos contratos de concessão da Lei estadual n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019, a qual faz expressa menção ao setor de transporte no artigo 1º, §1º.

continua...

... continuação

QUESTÕES SOBRE APLICAÇÃO CONCRETA DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA	MOTIVO DA EXCLUSÃO
(vii) O instituto da prorrogação antecipada não é aplicável aos contratos do setor de transporte coletivo porque viola a jurisprudência do STJ e do STF (ARE 1.265.732 AgR, ARE 805715 AgR e RE 626844 AgR, AgRg no REsp 1376569/RJ, AgInt no REsp 1896286/RJ)	Os precedentes mencionados não analisam o instituto da prorrogação antecipada regulado pela Lei estadual n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019.
(viii) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra viola a impensoalidade, a moralidade administrativa e a legalidade	Entendemos que a invocação de violação a esses princípios foi feita sem profundidade e, para este estudo, não tem relevância.
(ix) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra foi realizada sem justificativa e de modo desproporcional	Houve justificativa baseada em estudo técnico produzido com base no artigo 7º da Lei n. 16.933/2019, e a invocação do princípio foi feita sem profundidade, de modo que reputamos irrelevante discuti-la no artigo.
(x) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode acontecer porque gera um contrato de concessão por tempo indeterminado	
(xi) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode acontecer porque não foi decidida pela autoridade competente	A prorrogação antecipada foi aprovada pelo Secretário de Transportes Metropolitanos após processo administrativo que contou com análise do Conselho Estadual de Desestatização, não sendo relevante discutir a questão diante da superficialidade do argumento.
(xii) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode acontecer porque houve a transferência de uma concessão a uma sociedade de propósito específico sem a ocorrência de prévia licitação	A questão relativa à possibilidade de uma sociedade de propósito específico assumir a concessão não é relevante para a compreensão do instituto da prorrogação antecipada.
(xiii) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode acontecer porque no seu objeto se incluíram linhas que necessariamente deveriam ter sido licitadas, violando o direito do autor de participar da licitação	A prática de licitar serviços públicos de transporte por meio de uma área de atuação, e não por linhas individualizadas, não é relevante para a compreensão do instituto da prorrogação antecipada. Além disso, trata-se de modelo frequente de concessão de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros.
(xiv) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode ocorrer porque não é possível atender à diretriz do artigo 9º da Lei federal n. 12.587/2012, que prevê a diferenciação da tarifa de remuneração da tarifa pública	As diretrizes do artigo 9º da Lei n. 12.587/2012 foram incorporadas no aditivo de prorrogação antecipada da Metra.
(xv) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode ocorrer porque o tempo da prorrogação será superior ao da vigência do contrato original	

continua...

... continuação

QUESTÕES SOBRE APLICAÇÃO CONCRETA DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA	MOTIVO DA EXCLUSÃO
(xvi) A prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra não pode ocorrer porque os artigos 2º, V, do Decreto n. 65.574/2021 e 8º, I, do Decreto n. 65.575/2021 permitem que a concessionária subcontrate a operação dos serviços remanescentes, o que seria ilegal, pois possibilitaria que, sem licitação, houvesse a subdivisão da concessão em novas concessões	A questão relativa à possibilidade de subcontratação da operação dos serviços não é relevante para a compreensão do instituto da prorrogação antecipada.
QUESTÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA ESTADUAL	
(xvii) O instituto da prorrogação antecipada estadual permite sucessivas e ilimitadas prorrogações, o que viola o artigo 37, XXI, da Constituição Federal.	
(xviii) O instituto da prorrogação antecipada foi regulado pela Lei Federal 13.488/2017, sendo inconstitucional a regulação da prorrogação antecipada em âmbito estadual, o que violaria o artigo 22, XXVII, e 24, §4º, da Constituição Federal.	

Fonte: Elaborado pelos autores (2021).

A partir desses achados, desenvolvemos a análise do tópico seguinte a partir dos itens que não foram excluídos.

#### **4. QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES SOBRE O DEBATE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA À LUZ DO CASO METRA**

No âmbito da literatura jurídica especializada, o debate a respeito da prorrogação antecipada de contratos tem ocorrido primordialmente a partir da análise da legislação federal que regula o tema. Em função desse cenário, exsurgem uma série de dificuldades quanto à compreensão mais aprofundada da natureza jurídica do instituto e das possíveis diferenças que podem decorrer dos diferentes marcos regulatórios.

Essas dificuldades geram questionamentos sobre a constitucionalidade do instituto, sobre o modo como o instituto foi regulado pela legislação do estado de São Paulo e sobre o papel daqueles que controlam a legalidade dessas prorrogações.

Para facilitar o entendimento a respeito das hipóteses e das consequências decorrentes da prorrogação antecipada dos contratos de parceria,

reputamos importante tomá-lo como um instrumento regulatório colocado à disposição da Administração Pública para, após uma justificativa técnica robusta, atualizar a prestação de serviços públicos e viabilizar novos investimentos de maneira célere.

Bem-posta essa premissa, o enfretamento das questões jurídicas relevantes suscitadas no Caso Metra ocorrerá nos três subtópicos seguintes, nos quais (i) procedemos à diferenciação entre as espécies de prorrogação; (ii) abordamos as questões relativas à constitucionalidade da prorrogação antecipada dos contratos de concessão; e (iii) analisamos os desafios do controle da legalidade das prorrogações antecipadas.

#### **4.1 Análise jurídica das espécies de prorrogação dos contratos de concessão do estado de São Paulo**

O instituto da prorrogação dos contratos de concessão firmados pela Administração Pública do estado de São Paulo é um gênero que comporta ao menos três espécies distintas: a ordinária, a extraordinária e a mediante contrapartida<sup>7</sup>.

##### *4.1.1 Da prorrogação extraordinária*

A prorrogação extraordinária é medida que pode ser utilizada no curso da execução contratual para reequilibrar a equação econômico-financeira pactuada entre poder concedente e concessionária, diante da realização de evento de desequilíbrio cujos efeitos tenham sido percebidos pela concessionária, conquanto não obrigada, contratual ou legalmente, pelo risco de sua ocorrência<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Para todos os fins, usamos o termo prorrogação antecipada e prorrogação mediante contrapartida como sinônimos neste artigo. Além disso, restringimos nossa análise à prorrogação antecipada dos contratos de concessão de serviço público estaduais, não obstante a Lei estadual n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019, abranja outros tipos contratuais, designando-os genericamente como contratos de parceria (artigo 1º, §2º).

<sup>8</sup> Nomenclatura amplamente utilizada pela doutrina especializada, como se vê, a título de exemplo, em: CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e rellicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 281-294.

Portanto, diante do evento de desequilíbrio, o poder concedente prorroga o termo final da concessão pelo período necessário à neutralização do desajuste econômico-financeiro quantificado, considerando os elementos componentes da arquitetura econômico-financeira modelada a cada concessão, tais como a rentabilidade esperada do capital investido, o período necessário à amortização dos investimentos, os custos operacionais previstos e o momento em que os investimentos serão realizados. Esses elementos materializam o valor do dinheiro no tempo e o custo de oportunidade do capital imobilizado. O objetivo da prorrogação do termo final do contrato é, portanto, garantir a intangibilidade da razão existente entre os ônus e os bônus distribuídos entre as partes da relação contratual.

Essa espécie de prorrogação prescinde de autorização legal específica e de previsão expressa no edital de licitação ou no contrato de concessão<sup>9</sup>. Isso porque seu fundamento normativo se encontra na própria Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos (artigo 37, XXI)<sup>10</sup>, e na Lei Geral de Concessões (Lei federal n. 8.987/1995)<sup>11</sup>, ao prever, em seu artigo 9º, §4º, o correspondente dever de restauração do equilíbrio previamente existente entre as partes nos casos de alteração unilateral do contrato<sup>12</sup>.

Cabe registrar a principal característica da espécie ora tratada, qual seja, o fato de o período de prorrogação espelhar o tempo necessário à neutralização dos efeitos econômico-financeiros gerados a partir do evento de desequilíbrio.

9 FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Op. cit.

10 “Art. 37, XXI CF88 – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

11 “Artigo 9º, §4º da Lei n. 8.987/1995 – Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

12 CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Op. cit.

#### 4.1.2 Da prorrogação ordinária

Diferentemente do que ocorre na prorrogação extraordinária, na prorrogação ordinária, o pacto concessório estabelece originalmente a possibilidade de que o termo final do contrato seja estendido por um prazo adicional previamente delimitado, fixando os critérios que orientarão a decisão do poder concedente no que tange à ampliação do vínculo contratual.

Portanto, trata-se da possibilidade de renovação não relacionada a um dever jurídico de recompor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, mas sujeita a uma percepção quanto à vantajosidade de se estender o contrato vigente, diante da presença de critérios indicativos do benefício que a manutenção do vínculo poderia trazer ao interesse público subjacente à prestação do serviço<sup>13</sup>.

O fundamento jurídico dessa espécie de prorrogação também é distinto do da prorrogação extraordinária.

Se, como visto, as prorrogações extraordinárias se justificam a partir da garantia constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, as prorrogações ordinárias, ao revés, ligam-se à própria manifestação da vontade das partes, quando da modelagem das regras que passarão a pautar a relação jurídica criada.

---

13 Nesse sentido, defende Celso Antônio Bandeira de Mello: “cumpre desde logo anotar que são situações distintas as de prorrogações contratuais efetuadas por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa de extensão de seu prazo, (diante, sobretudo, do bom desempenho do concessionário e do interesse de ambos na continuidade daquele vínculo) das quais sejam efetuadas tendo em vista a sustentação do equilíbrio econômico-financeiro da relação. Na primeira hipótese, nada há, do ponto de vista jurídico, que incite o Estado à prorrogação. Questões de conveniência que o atraiam a tanto não se confundem com reclamos jurídicos que levem a dilatar o prazo contratualmente previsto e estipulado. [...] Não é esta, contudo, a situação que se porá quando a prorrogação constitui-se em medida asseguratória do equilíbrio econômico-financeiro – direito do concessionário ao qual a Administração não teria como se evadir – sem, acarretar para o usuário o dispêndio suplementar causado pelo incremento tarifário e sem implicar ônus algum para o Poder Público” (Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. CARVALHO, André Castro (org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009, p. 57-59).

O fundamento jurídico imediato da prorrogação ordinária é o próprio pacto concessório, razão pela qual o instituto deve ser enquadrado como renovação contratual justificada pela consensualidade.

Conforme consignado no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, a lei deverá dispor sobre o regime especial dos contratos de concessão, incluindo a possibilidade de sua prorrogação.

Com o intuito de positivar no ordenamento jurídico um regime geral nacionalmente aplicável às concessões de serviços públicos, a Lei n. 8.987/1995, em seu artigo 23, tratou daquelas que seriam compreendidas como cláusulas essenciais dos contratos de concessão<sup>14</sup>. Dentre os temas ali identificados como essenciais, estabeleceram-se as cláusulas relativas às condições para prorrogação ordinária dos contratos.

Em harmonia com a legislação federal, os artigos 8º, XX, e 10º da Lei estadual n. 7.835/1992 versam sobre a prorrogação ordinária, estabelecendo que deve ser contratualizada como cláusula essencial. Além disso, exigem que seja prevista no edital de licitação e que tenha como finalidade a continuidade na prestação do serviço. Na mesma lei, prevê-se que o prazo do contrato de concessão deve atender, em cada caso, ao interesse público e às necessidades ditadas pelo valor do investimento.

Assim, se, por um lado, exige-se a realização de procedimento licitatório para as concessões de serviços públicos, por outro, admite-se sua prorrogação, sem a realização desse processo seletivo. Essa é a razão pela qual carece de fundamentos eventual argumento de que prorrogações contratuais representariam burla à regra licitatória. É importante destacar que a licitação não é uma finalidade ensimesmada, senão instrumento à conquista de valores juridicamente tuteláveis, dentre os quais, a seleção da melhor proposta no mercado disponível<sup>15</sup>.

---

14 Ainda sobre o tema da prorrogação dos contratos de concessão, a Lei n.º 8.987/1995, em seu artigo 42, dispõe do regime aplicável às concessões outorgadas anteriormente à data da vigência legal.

15 “[...] se a melhor proposta, consubstanciada no melhor padrão do serviço, é o que vem sendo executado pelo concessionário, seria antípoda ao interesse público interditar a extensão do prazo. Em termos diretos: não seria minimamente razoável licitar por licitar” (FREITAS, Rafael Véras; RIBEIRO, Leonardo Coelho. op. cit., p. 382).

#### *4.1.3 Da prorrogação com contrapartida*

A prorrogação do prazo contratual da concessão mediante contrapartida é a terceira das espécies possíveis de extensão do instrumento de concessão de serviços públicos estaduais. Na Lei estadual n. 16.933/2019, a prorrogação com contrapartida é subdividida em duas subespécies, quais sejam: (i) a “prorrogação contratual”, que nos termos do inciso I do artigo 3º da lei, consiste na “alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, realizada a critério do órgão ou da entidade competente, fundamentadamente, e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste”; e (ii) a “prorrogação antecipada”, que, nos termos do inciso II do supracitado artigo legal, é a “alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, realizada a critério do órgão ou da entidade competente, fundamentadamente, e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste”. Em todos os casos, a Administração Pública verifica a necessidade de realizar novos investimentos em uma relação contratual em curso, e a contrapartida à realização desses investimentos é a prorrogação do prazo contratual.

Cuida-se, portanto, de hipótese de prorrogação estatutariamente definida, aplicável a todos contratos de parceria celebrados pelo estado de São Paulo nos serviços de sua competência.

Os contratos de parceria da Lei estadual n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019, compreendem as concessões comuns, concessões patrocinadas, concessões administrativas, permissões de serviço público, arrendamentos de bem público, concessões de direito real e outros negócios jurídicos público-privados que, em função do seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volumes de investimentos, longo prazo, risco ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante, nos setores de saúde, saneamento, infraestrutura e transporte, tais como rodovias, transporte sobre pneus, ferroviário, metroferroviário e aquaviário, da Administração Pública estadual, bem como os serviços de gás canalizado (artigo 1º, §§ 1º e 2º).

Para que a prorrogação com contrapartida ocorra, a lei exige que o contrato seja especificamente qualificado, dispondo que esta competência incumbirá à secretaria de estado ou agência reguladora,

na condição de órgão ou entidade competente (artigo 2º, caput). Ademais, a entidade competente ficará encarregada de conduzir o processo administrativo relacionado à prorrogação, podendo se valer do assessoramento do Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas, do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização e de outros órgãos e entidades da Administração Pública Estadual.

Na prorrogação antecipada do contrato de concessão da Metra, por exemplo, a qualificação ocorreu por decisão da Secretaria de Transportes Metropolitanos, tendo havido uma posterior deliberação do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização.

Importa registrar que o diploma legal estadual teve por inspiração normativa a Lei federal n. 13.448/2017, que dispôs, entre outros temas, sobre a possibilidade de prorrogação dos contratos federais de concessão, qualificados pelo Programa de Parcerias de Investimentos (PPI)<sup>16</sup>, nos setores rodoviário e ferroviário<sup>17</sup>. Entre as diferenças notadas entre os dois diplomas, podemos citar o âmbito dos setores em que a prorrogação antecipada poderá se dar – o que se justifica pela diferença de competências regulatórias e administrativas – e a existência das duas subespécies anteriormente destacadas.

Rafael Véras, comentando o diploma legal federal, explicita a lógica do instituto da prorrogação antecipada, sendo suas conclusões aplicáveis também à prorrogação antecipada dos contratos de concessão estaduais:

[...] O instituto da prorrogação foi redesenhado, especificamente, para ser utilizado nos setores rodoviário e ferroviário. Para esse fim,

16 Lei n. 13.334/2016.

17 Apenas a título de esclarecimento, registramos que, no âmbito da legislação federal, há outros diplomas que abordam a matéria, como a Lei n. 12.783/2013 e a Lei n. 12.815/2013, respectivamente aplicáveis ao setor energético e portuário. Mas, como a disciplina ali vista para a prorrogação se difere do regramento dado na Lei n. 13.448/2017 e, além disso, como a própria Lei estadual teve sua composição baseada na disciplina deste diploma federal, e não daqueles, como resta evidente desde a respectiva justificativa do Projeto de Lei estadual (PL n. 1132/2017), preferimos delimitar o quadro normativo tão somente a partir da Lei n. 13.448/2017 e da Lei estadual n. 16.933/2019. A esse respeito, segue excerto do PL n. 1132/2017: “Em momento posterior, o governo federal editou a Medida Provisória n. 752, de 24 de novembro de 2016, convertida na Lei Federal n. 13.448 em 5 de junho de 2017, que estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e a rellicitação dos contratos de parceria englobados na mencionada Lei Federal n. 13.334/2017. [...] Nesse contexto, diante da legislação federal e sua experiência, elaboramos a presente proposta [...]”.

foram previstas duas hipóteses de “prorrogação”: a prorrogação contratual premial e a prorrogação antecipada mediante a realização de novos investimentos. [...] A prorrogação antecipada mediante a realização de novos investimentos, por sua vez, que terá lugar nas hipóteses em que, por razões econômicas, o poder concedente, ao invés de esperar o termo do contrato de concessão, incentiva que o concessionário realize investimentos não previstos nas suas obrigações originárias, tendo como contrapartida a ampliação da vigência do prazo da concessão (art. 4º, II). A referida modalidade encontra ao menos dois exemplos recentes: no artigo 1º, § 1º, inciso III, da Lei n.12.783/2013 (Lei de renovação das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica) e no artigo 57, da Lei n. 12.815/2013 (Novo Marco Regulatório do Setor Portuário). Trata-se de expediente vantajoso para o poder público, na medida em que: (i) possibilita a realização de novos investimentos, de forma imediata, em infraestruturas públicas, que teriam de ser adiados até o final da vigência das concessões; (ii) tais investimentos serão realizados, sem o aporte de recursos públicos (subsídios), ou, tampouco, de aumento de tarifário; e (iii) os bens que forem incorporados à prestação do serviço público serão revertidos ao patrimônio público.<sup>18</sup>

Na lei paulista, o legislador quis tornar claro que, muito embora as prorrogações previstas possam ocorrer por provocação de qualquer uma das partes do contrato, a efetiva implementação dos institutos dependerá da decisão discricionária do órgão ou entidade competente, observados os requisitos e os pressupostos legais ao seu efetivo manejo (artigo 5º, §1º).

Portanto, ainda que o concessionário tenha legitimidade para solicitar que seu contrato seja prorrogado, isso não significa que o direito o assista à efetiva concretização da extensão da vigência, mesmo que o instrumento preveja a possibilidade de prorrogação, sendo, em todo caso, decisão discricionária da Administração Pública, observados os requisitos legalmente exigidos para tanto.

<sup>18</sup> FREITAS, Rafael Véras. As prorrogações e a relição de que tratam a Lei n. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão.

Podemos identificar uma listagem de requisitos que deverão ser observados pelo gestor ao tempo da decisão de prorrogar a concessão:

- I. A Secretaria de Estado ou a agência reguladora, na condição de órgão ou de entidade competente, adotará no contrato prorrogado as melhores práticas regulatórias, incorporando novas tecnologias e serviços (artigo 2º, §1º).
- II. A prorrogação ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, mas cuja necessidade já se evidencie (artigo 5º caput).
- III. O termo aditivo de prorrogação do contrato de parceria deverá conter o respectivo cronograma dos investimentos obrigatórios previstos e incorporar mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos de obrigações, como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga (artigo 6º).
- IV. Deverá ser realizado estudo técnico prévio, pelo órgão ou pela entidade competente, que fundamente a vantagem<sup>19</sup> da prorrogação do contrato de parceria quanto à realização de nova licitação para o empreendimento, devendo constar (artigo 7º):
  - a) o programa dos novos investimentos, quando previstos;
  - b) as estimativas dos custos e das despesas operacionais;
  - c) as estimativas de demanda;
  - d) a modelagem econômico-financeira e as razões para manutenção ou alteração dos critérios de remuneração;

---

19 Trecho do voto do min. Gilmar Mendes na cautelar em ADI 5991, que questiona a constitucionalidade de dispositivos da Lei Federal n. 13.448/2017, vários dos quais reproduzidos na Lei estadual n. 16.933/2019: “Princípio da eficiência demanda que o Poder Concedente coteje as relações de custo-benefício entre a realização do alongamento contratual ou a realização de um novo procedimento licitatório. [...] Esse requisito decorre diretamente do texto constitucional, ainda que a lei específica setorial não o preveja expressamente. [...] Esse exame se dá principalmente a partir da elaboração de Análises de Impacto Regulatório (AIR) pelos órgãos da Administração Pública, projetando os possíveis cenários alternativos para atração de investimentos, com base em critérios como modicidade tarifária, eficiência, modernização da infraestrutura e qualidade e universalidade da prestação do serviço”.

- e) as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;
  - f) as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;
  - g) os valores devidos ao Poder Público pela prorrogação, quando for o caso;
  - h) os mecanismos que demonstrem a mitigação ou resolução do desequilíbrio econômico-financeiro verificado em relação ao parceiro privado;
  - i) as garantias que serão concedidas ao parceiro privado como forma de mitigar os riscos contratuais e diminuir os custos a eles associados.
- V. Avaliação prévia e favorável do órgão ou da entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços (artigo 7º, §2º), sendo que, mediante anuência prévia do órgão ou da entidade competente, os planos de investimento serão revistos para fazer frente aos níveis de capacidade, nos termos do contrato.

Quanto aos estudos técnicos que fundamentem a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento, a Lei Estadual n. 16.933/2019 – muito embora exija que a Administração Pública os apresente (artigo 7º caput) – não estabelece a necessidade de sua submissão prévia ao Tribunal de Contas Estadual, tal como o faz o texto da lei federal correlata.

Conquanto inexista um dever legal de encaminhamento ao Tribunal de Contas do Estado (TCE) dos estudos técnicos elaborados, cumpre registrar que a mencionada liberação legal não afasta a possibilidade de o controle externo posteriormente avaliar aspectos de legalidade, economicidade e legitimidade da solução desenhada.

Ainda sobre os estudos técnicos, leitura atenta revela a presença de três elementos exigidos pelo legislador estadual (artigo 7º, §1º) e não requisitados pelo federal, senão vejamos: (i) os mecanismos que demonstram a mitigação ou resolução do desequilíbrio econômico-financeiro verificado em relação ao parceiro privado; (ii) as razões para manter ou

alterar os critérios de remuneração; e (iii) as garantias que serão concedidas ao parceiro privado como forma de mitigar os riscos contratuais e diminuir os custos a eles associados.

Outra diferença relevante que se observa em relação à legislação federal é que, no modelo estadual, há a possibilidade de se realizar a prorrogação antecipada da vigência contratual ainda que inexista anterior previsão editalícia ou contratual quanto à possibilidade de se estender o prazo da contratação (artigo 4º, §2º). Esta questão foi bastante explorada no caso Metra, não obstante haja previsão legal específica dispondo sobre o assunto.

Além disso, a lei estadual não fixa um período da execução contratual dentro do qual pedido de prorrogação mediante contrapartida na subespécie antecipada poderá ser manejado. Distintamente do que ocorre na lei federal, que exige que a antecipação da prorrogação se dê apenas quando a vigência do contrato em questão tiver alcançado entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado.

A ausência de marcos temporais no diploma estadual permite-nos questionar até mesmo quanto à real existência de diferença, em termos práticos, da “prorrogação antecipada” e da “prorrogação contratual” estatutariamente previstas, na medida em que as normas do diploma legal em comento não fazem qualquer distinção em relação às regras aplicáveis a essas espécies de prorrogação. Os requisitos legalmente exigidos e as diligências necessárias à demonstração do interesse público subjacente à prorrogação são os mesmos para ambas. Ademais, o legislador paulista não reproduziu a mesma regra existente na legislação federal, quanto ao lustro de execução contratual (entre 50% a 90%) dentro do qual seria admitida a antecipação da prorrogação mediante contrapartida.

Portanto, a despeito da utilização de termos distintos, deve-se tratar o instituto jurídico previsto no diploma como um só, isto é, como uma espécie de prorrogação mediante contrapartida.

O que é realmente relevante, no âmbito da aplicação da lei, é reconhecer que quanto mais se antecipar a decisão de prorrogação do contrato mediante contrapartida – isto é, quanto mais se distanciar o momento da decisão de prorrogação em relação ao termo final originalmente

contratado –, maior será o ônus de fundamentar em que medida o interesse público está sendo atendido por meio da prorrogação.

Nesse aspecto, prorrogações ocorridas em momento muito aproximado do final do contrato tendem a levantar questionamentos a respeito das razões pelas quais se deve prorrogar o contrato.

Por outro lado, prorrogações antecipadas exigem algo mais: além de expor razões para prorrogar, o gestor público deve explicar fundamentalmente o motivo pelo qual aquele é momento contratual oportuno para decidir sobre a questão.

Fala-se, então, na indispensável necessidade de que os estudos técnicos componentes da instrução do processo de prorrogação mediante contrapartida – dentre os quais a Análise de Impacto Regulatório – sejam hábeis a demonstrar a presença de vantajosidade diante dos vários cenários regulatórios possíveis, tendo em perspectiva o momento em que a eventual decisão de prorrogação vá ocorrer. Esta análise deve levar em conta aspectos relacionados à modicidade tarifária, eficiência, modernização da infraestrutura, qualidade, viabilidade econômico-financeira do plano de negócios apresentado pela concessionária e universalidade da prestação do serviço. Nesse mister, é fundamental que a avaliação a ser realizada assuma como premissa o planejamento da política pública do setor envolvido e os investimentos que efetivamente seriam necessários à obtenção das métricas desejadas à adequada prestação do serviço concedido.

Para tanto, a metodologia ao longo dos vários estudos deverá passar por: (i) exposição do problema que se pretende solucionar e de seus fatores causadores; (ii) identificação do objetivo geral e os objetivos específicos; (iii) a descrição das possíveis alternativas regulatórias; (iv) a avaliação dos impactos gerados e da efetividade das alternativas regulatórias; e (v) a recomendação da alternativa mais eficiente e efetiva, com vistas a subsidiar o processo de tomada de decisões, quantificando-se os benefícios que serão auferidos com a implementação da alternativa mais vantajosa ao interesse público.

No que tange ao procedimento legalmente regrado até a efetiva assinatura do aditivo de prorrogação antecipada, outra alteração de

destaque da legislação estadual, em comparação com a legislação federal, diz respeito ao silêncio quanto à prévia realização de consulta pública.

Por fim, o ponto de distinção mais relevante entre os diplomas analisados diz respeito às características legalmente admitidas para a extensão do prazo da concessão, isto é, quanto ao número de prorrogações possíveis e à definição do limite máximo de prazo a se estender.

Segundo a norma federal, o contrato que já não tenha sido prorrogado anteriormente poderá ser prorrogado uma única vez, por período igual ou inferior ao prazo de prorrogação originalmente fixado ou admitido no contrato.

A lei estadual, ao revés, não limita a uma única prorrogação e estabelece, como prazo máximo de extensão do contrato, o tempo estipulado para a amortização dos investimentos que serão realizados<sup>20</sup>.

Assim, a referida hipótese de prorrogação se distingue da prorrogação extraordinária por não se resumir exclusivamente a uma ferramenta para o reequilíbrio do contrato de concessão para fazer face ao desequilíbrio ocasionado pela inclusão de novos investimentos, eis que acompanhada de uma potencial reformulação de elementos relevantes do contrato.

Entre esses elementos, podemos mencionar: a incorporação de mecanismos para estimular o adimplemento contratual e o cumprimento do cronograma de investimentos (artigo 6º); a potencial alteração dos critérios de remuneração (artigo 7º, §1º, item 4) e a oferta de garantias em face do parceiro privado (artigo 7º, §1º, item 9).

Distingue-se também da prorrogação ordinária porque, estando ligada à inclusão de investimentos imprevistos nos termos originais do contrato de concessão, a extensão de prazo se limita àquele adicional de tempo exclusivamente necessário para que os novos investimentos

20 A Lei Estadual n. 16.933/2019, no seu artigo 4º, §2º, dispõe que o tempo máximo de prorrogação poderá, ainda, ser vinculado ao estrito necessário ao reequilíbrio contratual. Trata-se de referência à possibilidade de adoção da prorrogação na espécie extraordinária, que não fica impedida a despeito de decidir a Administração por outra espécie de prorrogação do contrato de concessão, ordinária ou mediante contrapartida. Se a prorrogação extraordinária consiste em mecanismo ao reequilíbrio do contrato afetado por evento impactante na equação econômico-financeira originariamente avençada, logo o período a se prorrogar deverá ser necessariamente aquele quantificado a neutralizar no tempo os efeitos deletérios causados pelo evento.

sejam completamente amortizados<sup>21</sup>. Ou seja, o tempo a ser efetivamente adicionado ao contrato é uma resultante apurada a partir de um cálculo que considera a repercussão econômico-financeira dos novos investimentos e o tempo necessário para que referida imobilização do capital a ser investido pelo privado possa ser gratificada dentro de um referencial de custo de oportunidade adotado como razoável para remunerar o concessionário.

Esse tipo de condicionante não incidente nas prorrogações ordinárias. Em primeiro lugar, nem mesmo existe necessidade de que a prorrogação ordinária do prazo esteja submetida à inclusão de novos investimentos ao contrato, mas apenas à sua previsão expressa no certame licitatório e à demonstração do interesse público na extensão do prazo de vigência contratual, contemporânea ao juízo decisório quanto à prorrogação.

Ademais, não sendo condição legalmente exigida para a formatação das cláusulas contratuais de prorrogação ordinária dos serviços públicos estaduais, acaso eventualmente se entenda, na avaliação de um caso concreto, que a prorrogação deverá ser acompanhada pela assunção de novos investimentos e obrigações pelo privado, que, ao lado de outros elementos, poderão motivar o interesse público em se estender o termo final avençado, as partes não estarão adstritas ao prazo estritamente necessário à amortização dos investimentos planejados. Na prorrogação ordinária, o prazo sempre será um elemento dado pela consensualidade das partes já ao tempo de sua pactuação original, portanto, não necessariamente limitado ao período necessário a amortizar novos investimentos e obrigações a serem eventualmente exigidas no período que restar do contrato após eventual prorrogação.

---

21 Ainda que, de forma aparentemente contraditória, o artigo 7º, §1º, item 7, da Lei Estadual n. 16.933/2019, mencione que um dos elementos a serem avaliados no estudo de vantajosidade da prorrogação é, justamente, o relacionado aos “valores devidos ao Poder Público pela prorrogação, quando for o caso”, o que pressuporia, por definição, que a extensão de prazo fosse suficiente não apenas para amortizar os investimentos acrescidos ao contrato e para reequilibrar eventuais desequilíbrios econômico-financeiros pendentes, mas, adicionalmente, por gerar valor suficiente para permitir o pagamento de uma outorga ao Poder Concedente, extensão esta que parece contrariar o artigo 4º, §2º, da própria lei.

Em síntese, nas prorrogações mediante contrapartida disciplinadas pela Lei estadual n. 16.933/2019, é a necessidade de antecipação de investimentos imprevistos nos termos obrigacionais originalmente avençados pelas partes, sendo o prazo adicional um reflexo das novas obrigações assumidas pela concessionária, que poderá amortizar seus investimentos no tempo que restar do contrato.

#### **4.2 Questões relativas à constitucionalidade da prorrogação antecipada regulada pela legislação do estado de São Paulo e o impacto da ADI n. 5991/DF**

No caso Metra, o instituto da prorrogação antecipada estabelecido pela lei estadual teve sua constitucionalidade questionada sob três óticas distintas: (i) a regulação estadual da matéria teria violado a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (artigo 22, XXVII, da Constituição Federal); (ii) o modo como regulada a prorrogação antecipada violaria o artigo 37, XXI, da Constituição, por permitir sucessivas e ilimitadas prorrogações; e (iii) o STF teria decidido na ação direta de inconstitucionalidade n. 5591/DF que somente seria constitucionalmente admissível a prorrogação antecipada se houvesse previsão desta no edital e no pacto concessório.

Esses três pontos são juridicamente problemáticos por ignorarem a finalidade do instituto e o modo como é desenhado o processo de tomada de decisão a respeito da prorrogação.

Como antes explicitado, o fundamento constitucional de validade do instituto é extraído do artigo 175, §1º, I, da Constituição Federal, o qual prevê que a legislação disporá sobre o caráter especial da prorrogação do contrato de concessão.

Para os contratos de concessão de serviços públicos de titularidade dos estados, não parece fazer muito sentido que a União estabeleça os requisitos necessários à tomada da decisão regulatória que envolve a prorrogação antecipada do contrato. Trata-se de matéria administrativa que afeta fortemente a condução da política pública concebida para gestão do serviço público, tendo sido reservada aos estados-membros na forma do artigo 25 da Constituição Federal.

Essa leitura das disposições constitucionais se confirma no fato de a própria União ter limitado a abrangência das legislações sobre

prorrogação antecipada aos setores por ela titularizados (energia, portos e infraestrutura de transportes federais).

No caso do estado de São Paulo, o artigo 1º, §1º, da Lei estadual n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019, prevê diretrizes gerais para os setores de interesse estadual. A instituição dessas diretrizes gerais que proceduralizam a decisão do poder concedente sobre aspectos de gestão contratual está em harmonia com a orientação geral judicial do STF e do Superior Tribunal de Justiça a respeito das matérias que constituem reserva de administração<sup>22</sup>.

Sobre a questão relativa à inconstitucionalidade de permitirem-se sucessivas e ilimitadas prorrogações, sob pena de violação ao artigo 37, XXI, da Constituição, esse argumento não parece fazer sentido quando tomado abstratamente. Se, concretamente, for verificada aplicação da prorrogação antecipada que configure sucessivas extensões desvinculadas de uma fundamentação técnica que exprima vantagem em comparação à solução administrativa por licitar, pode-se razoavelmente afirmar a existência de uma violação ao dever jurídico de licitar. Por outro lado, deve-se ter atenção para que valores jurídicos

---

22 A chamada reserva de Administração veda que o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário se imiscuam em determinadas searas, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III, CRFB). Tal princípio erige um esquema básico voltado a conter o arbítrio, racionalizar e legitimar o exercício do poder político, além de garantir direitos por meio da partilha de funções em razão da especialização e das capacidades institucionais envolvidas. Isso abrange a divisão elementar de funções entre: (i) a elaboração de normas jurídicas primárias (pelo Poder Legislativo), (ii) sua execução em casos concretos e no desenvolvimento e fixação de políticas públicas específicas (Poder Executivo), bem como (iii) a aplicação do direito, com pretensão de definitividade, no âmbito de conflitos (Poder Judiciário). No caso da reserva de Administração, cogita-se da prática de ato exclusivo do administrador público, sendo defeso que o legislador ou o juiz nele se imiscuam. Nesse sentido, parece importante destacar os precedentes do STF que salientam não ser possível a substituição do Poder Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados, sob pena de violação ao princípio da harmonia entre os poderes (ADI 2.733, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 3/2/2006). Justamente em razão de ser uma questão pacífica nos tribunais superiores, é muito comum a suspensão de decisões que violam essa autonomia do Poder Executivo: AgInt na SLS 2.706/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 16/12/2020, DJe 18/12/2020; AgInt na SLS 2.654/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 16/11/2020, DJe 26/11/2020; AgInt na SLS 2.487/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 25/8/2020, DJe 27/8/2020; AgInt na SS 3.079/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 12/11/2019, DJe 20/11/2019; AgInt na SLS 2.282/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017; AgRg na SLS 1.561/SC, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/5/2012, DJe 6/6/2012.

abstratos não comprometam desproporcionalmente o interesse público, como se houvesse uma espécie de direito subjetivo a participar de licitações, não importando se essa solução é ou não mais aderente à política pública desenhada para o setor regulado, o que violaria o princípio constitucional da eficiência.

Por fim, uma última questão articulada no Caso Metra envolve os impactos da decisão proferida na ADI n. 5.991/DF. O argumento formulado é o de que o STF teria decidido que a prorrogação antecipada deve ser prevista no edital e no contrato de concessão para ser considerada válida.

Sobre esse ponto, cumpre esclarecer que a ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pela Procuradora-Geral da República, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do inc. II do § 2º do art. 6º, dos §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 25 e do § 2º do art. 30 da Lei Federal n.13.448, de 5.6.2017, com base no argumento de que os dispositivos impugnados contrariariam o *caput* e o inciso XXI do artigo 37 e o inciso IV, do parágrafo único, do artigo 175 da Constituição.

A ministra Cármem Lúcia, relatora do processo, expressamente destacou que não houve pedido de declaração de inconstitucionalidade da prorrogação antecipada da concessão ferroviária, limitando sua manifestação aos seguintes temas: a) condicionantes para prorrogação antecipada da concessão ferroviária; b) extinção dos contratos de arrendamento, com a transferência não onerosa dos bens operacionais e não operacionais ao contratado, ausentes prévio inventário dos bens transferidos e formalidades legais; c) autorização para o concessionário realizar investimentos em outros pontos de interesse público, não restrito à malha ferroviária concedida, a caracterizar investimentos cruzados.

A maioria dos ministros do STF julgou improcedente a ação nos termos do voto da relatora, no qual não se aduz qualquer proposição jurídica no sentido de que a prorrogação antecipada deva estar prevista no edital ou no contrato de concessão para ser considerada válida. Sobre essa decisão, é curioso que os ministros do STF tenham destacado tão veementemente que não estavam julgando a validade do instituto da prorrogação antecipada, mas do procedimento necessário à sua aplicação, como se fosse juridicamente possível entender como inconstitucional um

instituto depois de reconhecer a validade do procedimento para aplicá-lo. Essa ressalva veemente parece inútil, considerando-se que o voto da relatora proclamou a constitucionalidade do procedimento.

Outro ponto que merece nossa atenção é que esse argumento de que o edital e o contrato devem prever explicitamente a possibilidade de prorrogação antecipada foi desenvolvido, no voto vogal, pelo ministro Gilmar Mendes, o qual fez uma leitura problemática do instituto. Para ele, a prorrogação antecipada seria um instrumento de mera antecipação dos efeitos de um prolongamento contratual comum, de modo que não seria compatível com o ordenamento jurídico que ela fosse realizada a partir de uma lei superveniente ou mesmo de um aditivo contratual nas hipóteses em que não haja previsão original da possibilidade de prorrogação comum da avença. O fundamento jurídico dessa proposição seria a incidência do princípio da isonomia e do instituto jurídico da licitação.

Como visto ao longo deste estudo, essa visão não reflete em sua inteireza a complexidade do instituto da prorrogação antecipada tal como regulado pela legislação do estado de São Paulo. A prorrogação antecipada estadual é condicionada à incorporação de melhores práticas regulatórias, de novas tecnologias (artigo 2º, §1º, da Lei estadual n. 16.933/2019) e de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente (artigo 5º da Lei estadual n. 16.933/2019). Isso, por óbvio, demonstra que essa sistematização doutrinária que levou à conceituação adotada no voto do ministro Gilmar Mendes não abrangeu o fenômeno jurídico em sua inteireza.

Aparentemente, a construção doutrinária que influenciou nessa parte do voto adota a premissa de que existe um dever jurídico de licitar descorrelacionado de decisões públicas que gerem economia e eficiência na prestação dos serviços públicos.

A partir desse prisma, a licitação parece ser tomada como um fim em si mesmo, visão que chama atenção por se contrapor ao referencial teórico sobre Estado Regulador e crise do serviço público invocado pelo próprio ministro Gilmar Mendes no início do seu voto. Transcrevemos a passagem que compõe o cerne da fundamentação adotada:

Não é de hoje que a doutrina aponta que os movimentos de liberalização e privatização implicaram uma crise da velha noção de publicatio e,

por conseguinte, a necessidade de se repensar a rigidez de alguns institutos clássicos do Direito Administrativo.

Como destaca o eminent professor Miguel García, da Universidade de Salamanca, em obra dedicada ao tema, “o processo de liberalização deu lugar à utilização de um novo modo de provisão de serviços públicos, que constitui meio de intervenção alternativo ao serviço público tradicional e que se marca no conceito mais amplo de regulação (tradução livre). (GARCÍA, Miguel Ángel Sedín. *Regulación y servicios públicos*. Editora Comares, Granada, 2003, p. 5).

Esse novo modo de provisão é caracterizado pela necessidade de permanente abertura dos setores econômicos à chamada “diurna reconfiguração do ambiente regulado”, malgrado o caráter estático dos institutos afetos à noção de serviço público. (ARANHA, Márcio Iório. *Manual de Direito Regulatório*. 2<sup>a</sup> ed. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014, p. 10)

Essas advertências teóricas são importantes para que fique claro que, a despeito da relevância do controle de constitucionalidade das leis de serviço público, o dinamismo dos setores regulados torna extremamente difícil que respostas definitivas sejam dadas pelo Legislador ou mesmo pelo Judiciário em um plano jurídico abstrato.

Essa realidade implica que o próprio âmbito de cognição dessa Suprema Corte em discussões como a posta na presente ADI é naturalmente limitado, já que não é dado a nós, julgadores, antever todas as possibilidades de aplicação in concreto do diploma jurídico subjacente, seja pela elevada expertise técnica que a matéria demanda, seja pela natural incapacidade de antecipação das transformações possíveis.

Nesse aspecto, como ressalta com clareza o ilustre professor Catedrático de Direito Administrativo da Universidade de Madrid Gaspar Ariño Ortiz deve-se entender que, “na moderna regulação dos serviços públicos, distinguem-se o regime legal teórico e a prática regulatória, sendo que o regime legal não define com precisão soluções definitivas sobre os múltiplos conflitos que a realidade oferece”. (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Madrid: Editorial Cordillera, 2003, p. 629).

Isso implica que, em casos como o que ora estamos analisando, a interpretação da norma deve ser acompanhada do senso de que “tão importante como o papel do legislador é o papel dos reguladores encarregados de sua aplicação” (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Madrid: Editorial Cordillera, 2003, p. 629).<sup>23</sup>

Da leitura desse trecho do voto, percebe-se que o papel do regulador é preferido ao papel do legislador e do Poder Judiciário. As soluções definitivas não seriam capazes de antecipar as transformações possíveis dos setores regulados, os quais são tecnicamente complexos e repletos de conflitos e imprevisibilidades.

Como visto ao longo deste estudo, a prorrogação ordinária (ou comum) não se confunde com a prorrogação antecipada, não se sujeitando às mesmas exigências legais aplicáveis àquela espécie. O tratamento dado pelo ministro Gilmar Mendes parece aplicar a exigência do artigo 23, XII, da Lei n. 8.987/1995 – a qual regula prorrogações ordinárias – à prorrogação antecipada, desconsiderando as particularidades dessa espécie de prorrogação, que foi concebida em diferentes diplomas legais.

Dessa forma, parece que a solução proposta na decisão do ministro Gilmar Mendes – qual seja, exigir que no edital e no contrato original haja previsão de prorrogação comum para que a prorrogação antecipada seja válida – não conversa de forma coerente com suas premissas e tampouco com o desenho do instituto tal como previsto pela legislação do estado de São Paulo, a qual confere maior flexibilidade aos gestores públicos e leva em conta as transformações e as necessidades imprevisíveis que podem afetar a prestação do serviço.

Aparentemente, o voto parece enxergar na prorrogação antecipada um ajuste que simplesmente conferiria ganho econômico à concessionária, de modo que todos os licitantes deveriam ter acesso a essa mesma oportunidade de lucrar. Essa constatação faz mais sentido nas hipóteses de prorrogação ordinária, nas quais o prazo estendido é

---

23 BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.991/DF [...]. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 10 mar. 2021.

definido antecipadamente sem uma relação direta com os investimentos que se busca realizar.

No caso da legislação estadual, a prorrogação antecipada é justificada por razões distintas e se restringe ao tempo necessário à amortização de novos investimentos. É dizer, economicamente o período de prorrogação traz a rentabilidade suficiente para amortizar os investimentos incorporados e remunerar o capital aportado tendo em conta o custo de oportunidade. Não se está conferindo uma oportunidade econômica adicional à concessionária, mas somente neutralizando o impacto proporcionando pela inclusão de novos investimentos.

Por fim, a prorrogação antecipada é prevista para equacionar o problema da incompletude dos contratos de concessão. Estando no contexto de contratos de longo prazo afetados pelo problema da incompletude, é natural a aplicação de soluções que surjam ao longo da execução do contrato, na medida em que a incompletude da relação jurídica seja evidenciada, o que parece não ter sido levado em conta no voto prolatado.

#### **4.3 Os desafios da revisão da validade das prorrogações antecipadas**

Ao longo deste estudo, verificamos que, no âmbito do estado de São Paulo, a prorrogação antecipada de contratos de concessão constitui uma decisão regulatória complexa. Trata-se de importante mecanismo de gestão pública que existe para antecipar investimentos e resolver problemas de desequilíbrios econômico-financeiros. Outra forma de apreender o instituto é a partir de uma ótica econômica: o poder público troca o valor da outorga que receberia em dinheiro – caso licitasse os objetos autonomamente – por uma obrigação de fazer assumida por um concessionário que já esteja operando no mesmo setor, desde que haja justificativa técnica e econômica que traga mais eficiência na prestação do serviço.

Naturalmente, essa decisão por não licitar os objetos que compõem os aditivos de prorrogação antecipada será questionada por eventuais interessados em celebrar contratos com a Administração Pública ou mesmo por órgãos de controle.

No Caso Metra, isso ficou particularmente evidenciado na propositura de três demandas formuladas por autores que têm interesse

na manutenção da política pública de prestação de serviço de transporte coletivo por meio de permissões de serviço da Área 5 da Região Metropolitana de São Paulo.

A questão que se coloca aqui é como realizar o papel de revisor da validade dos aditivos de prorrogação antecipada celebrados no estado de São Paulo à luz dos parâmetros normativos atuais.

A Lei n. 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos, no artigo 147 descreve uma espécie de roteiro que deve ser seguido pela autoridade responsável pela revisão da validade dos aditivos contratuais.

A suspensão da execução ou a declaração de nulidade do contrato somente deve ocorrer na hipótese em que se revelar medida de interesse público, a qual exige uma avaliação de aspectos como: (i) impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; (ii) riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; (iii) motivação social e ambiental do contrato; (iv) custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; (v) despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; (vi) despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; (vii) medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; (viii) custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas; (ix) fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; (x) custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; e, por fim, (xi) custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Essa disposição legal está em consonância com os artigos 20 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), os quais prescrevem que se considerem as exigências das políticas públicas na interpretação das normas que envolvam gestão pública, vedando que autoridades judiciais e controladoras decidam com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, de modo que a motivação demonstre a necessidade e a adequação da invalidação do contrato, inclusive em face das possíveis alternativas.

Diante desse contexto legal, a revisão judicial ou controladora desses aditivos deve ser feita de forma deferente, respeitando as escolhas técnicas e políticas dos gestores públicos.

Entre as razões que podem ser invocadas para respaldar essa postura de autocontenção, podemos mencionar: (i) a falta de expertise ou de capacidade institucional de cortes judiciais ou de órgãos de controle para decidir sobre questões regulatórias complexas, as quais demandam a ponderação de interesses públicos conflitantes; (ii) a possibilidade de a revisão ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e à dinâmica regulatória administrativa<sup>24</sup>; (iii) a inexistência de uma escolha necessariamente correta em matéria de política regulatória, de modo que faz mais sentido alocar o poder decisório à instituição democraticamente mais legítima; (iv) o aumento da transparência e da responsabilidades das autoridades administrativas em relação às opções que realizam<sup>25</sup>.

Adotando-se esse referencial normativo e teórico, bem como considerando a leitura que fazemos das disposições legais relativas à prorrogação antecipada dos contratos de concessão estaduais, propomos que o controle de legalidade leve em conta os seguintes parâmetros:

24 Chamamos atenção para uma recente decisão de relatoria do ministro Luiz Fux em que a questão do controle judicial foi bem explorada: “Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. Em primeiro lugar, a natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. Decerto, a Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos próprios à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248-251). Ademais, a intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisação de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos” (RE 1083955 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/5/2019, Processo Eletrônico DJe-122 DIVULG 06/6/2019 PUBLIC 7/6/2019).

25 JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 85.

- A prorrogação sob análise efetivamente compreende espécie de prorrogação mediante contrapartida, fundamentada na Lei Estadual n. 16.933/2019, ou se trata de espécie ordinária ou extraordinária?
- O aditivo de prorrogação antecipada diz respeito a serviço de competência do Estado?
- O contrato que se pretende prorrogar configura “contrato de parceria”, assim compreendido, nos termos da Lei Estadual, aqueles citados em seu artigo 1º, §2º?
- Há declaração da Secretaria de Estado ou da entidade autárquica competente que qualifique o projeto para prorrogação, indicando sua natureza estratégica, analisando sua complexidade, especificidade, volume de investimentos necessários ao longo do prazo e os riscos e incertezas inerentes à sua consecução?
- Há motivação da autoridade competente e dos órgãos técnicos da Administração Pública contratante a respeito das razões que justifiquem o prazo da intencionada prorrogação?
- Há demonstração de que o prazo estabelecido não ultrapassa o tempo necessário para que ocorra o reequilíbrio contratual e a amortização dos novos investimentos?
- Há menção à adoção de melhores práticas regulatórias que incorporem novas tecnologias e serviços ao aditivo de prorrogação?
- O aditivo de prorrogação incorpora investimentos não previstos no contrato de parceria vigente?
- O aditivo de prorrogação contém cronograma de investimentos e mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos das obrigações?
- Existe estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação comparativamente ao cenário de realização de nova licitação na forma do artigo 7º, §1º, da Lei n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019?
- Há avaliação da autoridade competente quanto à capacidade do contratado de garantir a continuidade e adequação dos serviços?

## 5. CONCLUSÃO

O Caso Metra suscitou uma série de questões jurídicas relevantes que procuramos identificar e responder ao longo deste artigo.

Para tanto, usamos a metodologia do estudo de caso, a qual nos permitiu extrair dos processos judiciais um relato que norteou a reflexão jurídica em torno do tema, dando enfoque às diferentes espécies de prorrogação, às particularidades da regulação realizada em âmbito estadual, aos impactos da decisão da ADI 5991/DF e aos limites do controle da legalidade desse tipo de contratação.

Como conclusão, estruturamos um teste que facilitará a análise da validade jurídica das prorrogações antecipadas estaduais por aqueles envolvidos na estruturação e no controle desses aditivos.

Esperamos com isso ter contribuído para a devida compreensão do instituto da prorrogação antecipada em âmbito estadual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 1, 9 set. 1942.

BRASIL. Lei n.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 República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 12.587, de 3 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nº 3.326, de 3 de junho de 1941, e nº 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada

pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis n. 5.917, de 10 de setembro de 1973, e n. 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, p. 1, 4 jan. 2012.

**BRASIL.** Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e rellicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, p. 1, 6 jun. 2017.

**BRASIL.** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 7.304/2002 do estado do Espírito Santo [...]. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 3 fev. 2006.

**BRASIL.** Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.991/DF [...]. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 10 mar. 2021.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso Extraordinário nº 1083955 AgR [...]. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 7 jun. 2019.

CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e rellicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 281-294.

CARVALHO, André Castro (org.). **Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: MP, 2009.

FREITAS, Rafael Véras; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e rellicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 317-388.

FREITAS, Rafael Véras. As prorrogações e a rellicitação de que tratam a Lei n. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os

contratos de concessão. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-prorrogacoes-e-a-relicitacao-de-que-tratam-a-lei-n-134482017-um-novo-regime-juridico-de-negociacao-para-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 20 dez. 2021.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros, 2016.

SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 65.574, de 18 de março de 2021. Autoriza a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, nos termos da Lei estadual n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 131, n. 54, p. 1, 19 mar. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992. Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 102, n. 87, p. 1, 9 maio 1992.

SÃO PAULO (Estado). Lei n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019. Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relíctação dos contratos de parceria e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 129, n. 18, p. 1, 25 jan. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 65.575, de 18 de março de 2021. Aprova o Regulamento da prorrogação da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, nos termos da Lei estadual n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 131, n. 54, p. 1, 19 mar. 2021.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso.** São Paulo: Saraiva, 2012.

## Anexos

### Ficha 1

#### I – Processo n. 10163107020218260053 (e Agravo de Instrumento n. 2073301-14.2021.8.26.0000)

1. Classe processual: Ação Popular
2. Parte(s) autora(s): Alceni Salviano da Sulva

3. Parte(s) ré: João Agripino da Costa Dória Junior, Rodrigo Garcia, Alexandre Baldy de Sant'anna Braga, Marco Antonio Assalve, Henrique de Campos Meirelles, Mauro Ricardo Machado Costa, Patricia Ellen da Silva, Claudia Polto da Cunha, Marcos Rodrigues Penido, Julio Serson, Concessionária Metra

#### II – Resumo do Processo

1. Data do protocolo: 19/03/2021
2. Pedido de Tutela Provisória: Suspensão dos efeitos do aditivo (fl.340)
3. Decisão da Tutela Provisória: Indeferimento no primeiro grau (fl.381) e manutenção no segundo grau (fl.2257 do Agravo de Instrumento)
4. Pedido Principal: Pedido de anulação do contrato (fl.340).
5. Decisão de Mérito: Inaplicável.

#### III – Principais Questões Jurídicas

1. A prorrogação do contrato deve abranger o mesmo objeto do contrato original (fl.26)
2. Não pode haver modificação da natureza do contrato inicialmente celebrado (fl.27)
3. Violam-se os princípios elementares da licitação a celebração de aditivo de prorrogação que inclua serviços que não foram originalmente licitados (fl.27)
4. A Lei n. 16.933/2019 não previu no artigo 4º a possibilidade de inclusão de novos serviços na prorrogação contratual ou na prorrogação antecipada dos setores previstos no artigo 1º (fl.28)
5. A prorrogação antecipada depende do preenchimento dos seguintes requisitos: (a) previsão em lei; (b) outorga precedida de licitação; (c) previsão no edital de licitação; (d) concessão em vigor; (e) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (f) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (g) vantajosidade da medida; (h) consenso entre as partes; e (i) qualificação no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (fl.33)
6. O artigo 5º da Lei n. 13.488/2017 proíbe a prorrogação antecipada de contratos que foram prorrogados anteriormente, o que não discreparia do artigo 4º da Lei 16.933/2019 (fls.35 e 36)
7. O artigo 35, I, da Lei Estadual n. 17.293/2020 revogou o artigo 1, §1º, da LCE 914/2002, de modo que haveria dúvidas sobre a competência da STM, da EMTU e do CGPPP para deliberar sobre a questão. (fl.36)
8. Não é possível prever o pagamento de contraprestação para a concessionária, pois isto transformaria a concessão comum em parceria público-privada por meio da prorrogação antecipada (fl.37)
9. O prazo máximo de PPPs é de 35 anos, conforme artigo 5º, I, da Lei n. 11.079/2004, o que impediria a antecipação da prorrogação em mais 25 anos. (fl.37)
10. A Lei Federal n. 13.488/2017 regula inteiramente a matéria de prorrogação antecipada e somente contratos qualificados no PPI e que sejam dos setores rodoviários, ferroviários e aeroportuários podem ser prorrogados. (fl.37)

continua...

... continuação

11. O Governador do Estado deu à METRA a concessão e isso fere os princípios da moralidade, da imprevidência e da legalidade. (fl.41)
12. Há violação ao artigo 37, XXI, da Constituição porque a regulamentação da prorrogação antecipada permitiria sucessivas e ilimitadas prorrogações para beneficiar a METRA (artigo 6º, parágrafo único, do Decreto n. 65.575/2021). (fl.46)
13. O cancelamento do contrato de construção do monotrilho VLT da Linha 18 e sua substituição sem estudo técnico de impacto financeiro pelo BRT e a concessão de linhas intermunicipais sem licitação prévia viola a legalidade e a moralidade administrativa (fl.321 – Parecer do MPSP)
14. O artigo 7º, §1º, da Lei n. 16.933/2019 exige a apresentação de estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação em relação à realização da nova licitação (fl.322 – Parecer do MPSP)
15. Houve alteração do objeto sem licitação (fl.323 – Parecer do MPSP)
16. Há dúvidas sobre a legalidade da ampliação, por aditamento, do objeto do contrato anterior com a inclusão de serviços não licitados, sob pena de violação à norma constitucional e legal que exige prévia licitação. (fl.381 – Decisão Judicial Provisória)
17. A inclusão de novos objetos no contrato de concessão do Corredor ABD viola o artigo 10 da Lei Federal n. 13.587/12 que determina que todo serviço de transporte coletivo urbano precisa ser concedido mediante processo licitatório (fl.597 – Nota Técnica do IDEC)
18. A prorrogação do contrato não permite a adesão às diretrizes do artigo 9º da Lei Federal 13.587/12 naquilo que diz respeito à diferenciação à tarifa de remuneração do concessionário e à tarifa pública (fl.597 – Nota Técnica do IDEC)
19. Há violação à imprevidência, à moralidade administrativa e à legalidade ao se prorrogar o contrato da Metra (fl.597 – Nota Técnica do IDEC).
20. A Lei n. 16.933/2019 não permite que se altere o objeto do processo a ser rellicitado, de modo que somente poderia abranger o corredor ABD (existe e concedido), não sendo utilizável para construção e operação do corredor ABC e operação da Área 5.
21. Há abusividade na ampliação do contrato o qual expande a área territorial de atuação da concessionária, inclui a construção de infraestrutura e permite a subcontratação de empresas para operarem em conjunto com a concessionária, o que ensejaria a invalidade da prorrogação antecipada (fl.601 – Nota Técnica do IDEC)
22. A existência de déficit em contratações de transporte coletivo é normal e a Lei Federal n. 12.587/12 não prevê a possibilidade de prorrogação antecipada para lidar com essa dívida, sendo aplicável as disposições do artigo 10, §§3º e 5º (fl.602 – Nota Técnica do IDEC)
23. O artigo 4º da Lei n. 16.933/2019 estabelece que a prorrogação antecipada tem que observar as disposições dos instrumentos contratuais, não sendo admissível a inclusão de novos escopos, alheios ao contrato original (fl.22 – Agravo de Instrumento)
24. O artigo 5º, §3º, da Lei Federal n. 13.488/2017 impede a prorrogação antecipada de contratos que tenham sido prorrogados anteriormente. (fl.25 – Agravo de Instrumento)
25. O artigo 5º, I, da Lei Federal n. 11.079/2004 prevê que o prazo máximo para o contrato de parceria público-privada é de 35 anos, sendo aplicável à prorrogação antecipada do contrato de concessão da metra. (fl.24 – Agravo de Instrumento)
26. Há violação ao artigo 175 da Constituição Federal porque houve a transmutação do objeto da concessão e a concessão do serviço sem prévia licitação. (fl.35 – Agravo de Instrumento)
27. Houve violação ao artigo 3º da Lei n. 7.835/1992 porque a concessão não foi precedida de licitação. (fl.35 – Agravo de Instrumento)

continua...

... continuação

28. O artigo 10 da Lei n. 12.587/73 estabelece que a contratação dos serviços de transporte coletivo será precedida de licitação (fl.35 – Agravo de Instrumento)
29. Não é possível que se realize a prorrogação do contrato de parceria público-privada por período superior ao limite legal estabelecido no artigo 5º, I, da Lei n. 11.079/2004, o que seria aplicável à prorrogação antecipada do contrato da METRA (fl.154 – Decisão Judicial Provisória do TJSP – Monocrática)
30. Os Decretos Estaduais n. 65.574/2021 e n. 65.575/21 prorrogam desproporcionalmente e sem justificativa o contrato, sem qualquer atributo de dispensa ou inexigibilidade (fl.155 – Decisão Judicial Provisória do TJSP – Monocrática)
31. O artigo 10 da Lei n. 12.587 estabelece a necessidade de prévia licitação para a contratação de serviço de transporte público coletivo. (fl.159 – Decisão Judicial Provisória do TJSP – Monocrática)
32. Há indício de subversão aos princípios da Administração pelo fato de a prorrogação do contrato estar sendo realizada em período superior ao previsto na Lei de Parcerias Público-Privadas e quanto à inclusão de objeto novo no contrato de concessão já existente sem prévia licitação (fl.2262 – Decisão Judicial Provisória do TJSP – Colegiada)
33. O contrato de concessão não pode ter tempo indeterminado nos termos do artigo 14 e 19 da Lei 8987/95 e do artigo 57, §3º, da Lei n. 8.666/1993. (fl.2260/2261 – Decisão Judicial Provisória do TJSP – Colegiada)

#### IV – Observações relevantes

1. Data da extração dos autos: 18 de novembro de 2021
2. A petição inicial é longa e cria uma narrativa de que a prorrogação antecipada seria ilegal por conta dos prejuízos que decorreriam da rescisão do contrato da PPP da Linha 18.
3. O parecer do MPSP é superficial e admite como verdadeiro o argumento de que não houve estudos técnicos.
4. Houve aditamento à inicial na petição de fls.327 a 332 e, após, às fls. 333 a 340.
5. A 12ª Vara da Fazenda Pública indeferiu a tutela provisória por considerar que não estaria provado o prejuízo ao patrimônio público.
6. O autor popular anexou aos autos Nota Técnica do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor que avaliou a legalidade e os impactos da prorrogação antecipada.
7. A tutela provisória requerida no Agravo de Instrumento foi, inicialmente, indeferida (fls.79 e ss. – Agravo de Instrumento) por considerar-se que seria temerário suspender a execução de um contrato complexo sem se ter acesso aos estudos técnico-administrativos que justificaram a prorrogação.
8. A 3ª Câmara de Direito Público desproveu o Agravo de Instrumento do autor popular por considerar que estava provado o dano inverso.

## Ficha 2

### I – Processo n. 1043608-37.2021.8.26.0053

1. Classe processual: Mandado de Segurança
2. Parte(s) autora(s): Tucuruvi Transportes e Turismo LTDA
3. Parte(s) ré: Secretário dos Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo e Diretor Presidente da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos

### II – Resumo do Processo

1. Data do protocolo: 14/07/2021
2. Pedido de Tutela Provisória: Suspensão da concessão das 85 linhas intermunicipais (fl.42)
3. Decisão da Tutela Provisória: Indeferimento para aguardar informações das autoridades coatoras (fl.347)
4. Pedido Principal: Direito de operar a concessão que vier obter após a abertura de concorrência pública das 85 linhas.
5. Decisão de Mérito: Inaplicável.

### III – Principais Questões Jurídicas

1. O CGPPP e o CDPED não possuem competência para opinar sobre a prorrogação antecipada do contrato da Metra, porque não se trata de contrato de parceria regulado pela Lei Federal n. 11.079/2004 e nem projeto de desestatização. (fl.9)
2. Houve a inclusão de novas concessões no aditivo sem a prévia licitação (fl.20)
3. É ilegal a transferência a uma SPE do cumprimento do contrato, por caracterizar indevida concessão do serviço sem prévia licitação (fl.25)
4. A cessão da concessão deveria estar prevista no edital, sob pena de violar-se o artigo 26 e parágrafos da Lei n. 8.987/1995. (fl.25)
5. O artigo 5º, §3º, da Lei Federal 13.448/2017 não permite a prorrogação de contrato de parceria que já tenha sido prorrogado. (fl.28)
6. O artigo 4º da Lei n. 16.933/2019 não admite a inclusão de novos escopos na prorrogação antecipada. (fl.29)
7. A Lei Estadual não pode ultrapassar os limites estabelecidos pela norma geral estabelecida pela União, o que violaria o artigo 22, XXVII, e 24, §4º, da CF. (fl.30)
8. O artigo 5º, I, da Lei Federal n. 11.079/2004 proíbe que o contrato de PPP tenha um prazo superior a 35 anos.
9. O autor, permissionário de serviço, alega ter direito a participar da licitação, de modo que a inclusão das 85 linhas da Área 5 na prorrogação seria ilegal. (fl.42)
10. A inclusão de novos objetos no contrato de concessão do Corredor ABD viola o artigo 10 da Lei Federal n. 13.587/12 que determina que todo serviço de transporte coletivo urbano precisa ser concedido mediante processo licitatório (fl.2246 – Nota Técnica do IDEC)
11. A prorrogação do contrato não permite a adesão às diretrizes do artigo 9º da Lei Federal n. 13.587/12 naquilo que diz respeito à diferenciação à tarifa de remuneração do concessionário e à tarifa pública (fl.2246 – Nota Técnica do IDEC)

continua...

... continuação

19. Há violação à impessoalidade, à moralidade administrativa e à legalidade ao se prorrogar o contrato da Metra (fl.2247 – Nota Técnica do IDEC).
20. A Lei 16.933/2019 não permite que se altere o objeto do processo a ser relitigado, de modo que somente poderia abranger o corredor ABD (existe e concedido), não sendo utilizável para construção e operação do corredor ABC e operação da Área 5. (fl.2248 – Nota Técnica do IDEC).
21. Há abusividade na ampliação do contrato o qual expande a área territorial de atuação da concessionária, inclui a construção de infraestrutura e permite a subcontratação de empresas para operarem em conjunto com a concessionária, o que ensejaria a invalidade da prorrogação antecipada (fl.2250 – Nota Técnica do IDEC)
22. A existência de déficit em contratações de transporte coletivo é normal e a Lei Federal n. 12.587/12 não prevê a possibilidade de prorrogação antecipada para lidar com essa dívida, sendo aplicável as disposições do artigo 10, §§3º e 5º (Fl.2253 – Nota Técnica do IDEC)

#### IV – Observações relevantes

1. Nas fls.660 a 664 há um resumo dos argumentos do Governo do Estado.
2. A Promotora de Justiça juntou aos autos o laudo técnico do IDEC
3. O processo ainda não foi sentenciado.

### Ficha 3

#### I – Processo n. 2144812-72.2021.8.26.0000 (Agravo Regimental Cível nº 2144812-72.2021.8.26.0000/5000)

1. Classe processual: Mandado de Segurança
2. Parte(s) autora(s): Viação Ribeirão Pires LTDA.
3. Parte(s) ré: Governador do Estado de São Paulo

#### II – Resumo do Processo

1. Data do protocolo: 24/06/2021
2. Pedido de Tutela Provisória: Suspensão dos efeitos dos Decretos Estaduais n. 65.574/2021, 665.575/2021 e do aditamento 24 ao Contrato EMTU/SP nº 020/1997 (fl.16).
3. Decisão da Tutela Provisória: Indeferimento por considerar-se que inexiste risco de ineficácia da segurança (fl.85)
4. Pedido Principal: Anulação dos Decretos Estaduais n. 65.574/21, 65.575/2021 e do Aditamento 13 ao Contrato EMTU/SP n. 020/1997.
5. Decisão de Mérito: Inaplicável.

#### III – Principais Questões Jurídicas

1. Os Decretos n. 65.574/21 e 65.575/21 são ilegais porque promovem a prorrogação da concessão com a inclusão de novos serviços sem a devida licitação (fl.5), o que viola os artigos 175 da CF, 14 da Lei 8.987/1995 e 2º da Lei n. 8.666/1993 (fl.8)
2. Os Decretos n. 65.574/21 e 65.575/21 são ilegais porque permitem a prorrogação de um contrato já vencido, mesmo após já ter sido prorrogado por uma vez (o contrato vencerá em 2017 e fora prorrogado por mais cinco anos) (fl.5)
3. Os Decretos n. 65.574/21 e 65.575/21 são ilegais porque autorizam a prorrogação por tempo superior ao de vigência do próprio contrato.
4. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento consolidado de que é ilegal a concessão de transporte coletivo sem realização de prévia licitação ou concorrência pública (ARE 1.265.732 AgR, ARE 805715 AgR e RE 626844 AgR, AgRg no REsp 1376569/RJ, AgInt no REsp 1896286/RJ) (fls.10 a 13)
5. Os artigos 2º, V, do Decreto n. 65.574/21 e 8º, I, do Decreto n. 65.575/21 permitem que a Metra subcontrate a operação dos serviços remanescentes, o que seria ilegal, pois possibilitaria que, sem licitação, houvesse a subdivisão da concessão em novas concessões. (fl.13 e 14)
6. A Lei n. 16.933/2019 exigiria que o Poder Público apresentasse estudo técnico que fundamentasse a vantagem da prorrogação o contrato em relação à realização de nova licitação, o que não teria ocorrido (fl.14)
7. A inclusão de novos objetos no contrato de concessão do Corredor ABD viola o artigo 10 da Lei Federal n. 13.587/12 que determina que todo serviço de transporte coletivo urbano precisa ser concedido mediante processo licitatório (fl.747 – Nota Técnica do IDEC)
11. A prorrogação do contrato não permite a adesão às diretrizes do artigo 9º da Lei Federal n. 13.587/12 naquilo que diz respeito à diferenciação à tarifa de remuneração do concessionário e à tarifa pública (fl.747 – Nota Técnica do IDEC)
19. Há violação à imparcialidade, à moralidade administrativa e à legalidade ao se prorrogar o contrato da Metra (fl.749 – Nota Técnica do IDEC).

continua...

... continuação

20. A Lei n. 16.933/2019 não permite que se altere o objeto do processo a ser relitigado, de modo que somente poderia abranger o corredor ABD (existe e concedido), não sendo utilizável para construção e operação do corredor ABC e operação da Área 5. (fl.750 – Nota Técnica do IDEC).

21. Há abusividade na ampliação do contrato o qual expande a área territorial de atuação da concessionária, inclui a construção de infraestrutura e permite a subcontratação de empresas para operarem em conjunto com a concessionária, o que ensejaria a invalidade da prorrogação antecipada (fl.752 – Nota Técnica do IDEC)

22. A existência de déficit em contratações de transporte coletivo é normal e a Lei Federal n. 12.587/12 não prevê a possibilidade de prorrogação antecipada para lidar com essa dívida, sendo aplicável as disposições do artigo 10, §§3º e 5º (Fl.754 – Nota Técnica do IDEC)

#### IV – Observações relevantes

1. A impetrante juntou o laudo técnico do IDEC.

2. O Agravo Regimental foi desprovido por considerar-se que haveria prejuízo à prestação do serviço de transporte coletivo (fl.572), não entrando em aspectos de legalidade.

# EXTINÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE CONCESSÃO PATROCINADA N° 011/2014 (PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DA LINHA 18-BRONZE DO METRÔ DE SÃO PAULO): CABIMENTO E CONSEQUÊNCIAS

Diego Brito Cardoso<sup>1</sup>

Lucas Pessoa Moreira<sup>2</sup>

Marcello Garcia<sup>3</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – A modelagem da PPP da Linha 18-Bronze do Metrô de São Paulo e o condicionamento da plena eficácia do contrato à superação de sua etapa preliminar; 3 – A impossibilidade de obtenção de financiamento pelo Poder Concedente e a consequência da

- 
- 1 Procurador do estado de São Paulo, com atuação na Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-Graduado em Direito do Estado pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
  - 2 Procurador do estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito da Administração Pública pela UFF. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP.
  - 3 Procurador do estado de São Paulo, com atuação na Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ausência de consenso sobre a prorrogação do prazo para cumprimento da etapa preliminar do contrato; 4 – O não enquadramento da extinção antecipada em nenhuma das hipóteses previstas na Lei nº 8.987/95 e no Contrato, e o direito implícito de ambas as partes à resilição; 5 – A indenização devida à Concessionária; 6 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O trabalho analisa a extinção antecipada do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, celebrado entre o estado de São Paulo e a Concessionária do Monotrilho da Linha 18-Bronze S.A., encerrado antecipadamente por razões macroeconômicas alheias à vontade das partes. Constata que a modelagem adotada previa a existência de uma Etapa Preliminar, com natureza de condição suspensiva à plena eficácia do Contrato e ao início da vigência da Concessão. Demonstra que a impossibilidade de o Poder Concedente realizar a estruturação financeira não decorreu de mero arbítrio, pelo que não se tratava de cláusula puramente potestativa. O encerramento antecipado do Contrato era inevitável, uma vez que não havia perspectiva de obtenção de financiamento para realização dos aportes, pelo que seria necessária uma análise aprofundada da forma de extinção do contrato aplicável ao caso, bem como as consequências financeiras da extinção antecipada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Parceria público-privada. Condição suspensiva. Extinção antecipada. Resilição. Direito potestativo. Indenização.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a extinção antecipada do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, celebrado entre o estado de São Paulo e a Concessionária do Monotrilho da Linha 18-Bronze S.A., que tinha por objeto a prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da linha em questão da Rede Metroviária de São Paulo, com tecnologia de monotrilho, contemplando a implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação e manutenção. O Contrato foi encerrado

anticipadamente por razões macroeconômicas alheias à vontade das partes<sup>4</sup>, o que ensejou a instauração, por iniciativa da Concessionária, de procedimento arbitral.

Tal análise terá como ponto de partida a exposição da modelagem adotada para a parceria, que previa a existência de uma Etapa Preliminar, anterior ao início da vigência da Concessão. Na sequência, será verificado o impacto da impossibilidade da obtenção de financiamento por parte do Poder Concedente – em razão de condições macroeconômicas adversas –, que era necessário para realização dos aportes de recursos destinados a custear desapropriações e investimentos realizados pela Concessionária. A não obtenção desse financiamento exigiu das partes, em um primeiro momento, a formação de consenso a respeito de sucessivas prorrogações, entre 22 de fevereiro de 2015 e 22 de novembro de 2018, do prazo inicialmente previsto para cumprimento dessa obrigação. Tais prorrogações, no entanto, não foram suficientes para viabilizar a conclusão da Etapa Preliminar, o que acabou por tornar o Contrato desatualizado, inviabilizando sua execução e conduzindo a seu encerramento prematuro.

Ao final, serão avaliadas premissas jurídicas e econômicas para definir a forma adequada de cálculo da indenização devida à Concessionária, conforme previsto no art. 36 da Lei nº 8.987/95, em um cenário no qual, tal como na concessão patrocinada da Linha 18, inexiste disciplina contratual quanto à metodologia de cálculo da indenização.

4 Em abril de 2017, o Secretário dos Transportes Metropolitanos enviou ofício ao Secretário da Fazenda, solicitando esclarecimentos sobre a disponibilidade de recursos para estruturação financeira exigida no contrato de concessão da Linha 18. A Secretaria da Fazenda informou, por meio do Ofício nº 358/2017-GS-ACR, que: “1. Em relação ao financiamento de US\$ 182,7 milhões, destinado aos pagamentos de desapropriação da Linha 18, a metodologia de cálculo da capacidade de pagamento ainda não foi revisada pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN e, portanto, o Estado de São Paulo continua com a classificação fiscal “C-”, que impede de contratar novas operações de crédito com aval da União. 2. Quanto à operação de crédito junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, no valor de R\$ 1,276 bilhão, a posição do Banco é de somente retomar as negociações e a análise do projeto uma vez definido o equacionamento do financiamento de desapropriação, indicado no item acima. 3. Portanto, entendemos não ser viável o cumprimento do dispositivo contratual, previsto no item 4.1.2.1 do Contrato de Concessão, que estabelece o fluxo de aporte de recursos pelo Poder Concedente a favor da Concessionária até a data limite de 22/05/2017” (SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda. Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Ofício n. 358/2017-GS-ACR. São Paulo: Secretaria da Fazenda, 2017).

## **2. A MODELAGEM DA PPP DA LINHA 18-BRONZE DO METRÔ DE SÃO PAULO E O CONDICIONAMENTO DA PLENA EFICÁCIA DO CONTRATO À SUPERAÇÃO DE SUA ETAPA PRELIMINAR**

Conforme estabelecido na Cláusula Primeira do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, uma vez iniciada a sua vigência, a Concessão seria desenvolvida em duas fases sucessivas, sendo a primeira, em síntese, relativa à execução da infraestrutura, instalação de sistemas e aquisição de material rodante, e a segunda relativa à operação do serviço público delegado. Dentre outras obrigações, cabia à Concessionária, na função de implantação, a elaboração de projetos de engenharia, a execução de desapropriações e obras civis, a instalação de sistemas e o fornecimento de material rodante<sup>5</sup>.

De modo a tornar o projeto concessório viável, o modelo econômico adotado previu a realização de aporte de recursos por parte do Poder Concedente, cujo valor máximo foi fixado em R\$ 1.928.372.000,00 (na data base do mês de apresentação da proposta), sendo que as parcelas seriam desembolsadas até o quarto ano da Concessão, em conformidade com o Fluxo de Desembolso de Parcelas do Aporte de Recursos e em função da efetiva execução dos investimentos envolvendo construção (obra civil) e aquisição de bens reversíveis<sup>6</sup>. Para que o Poder Concedente pudesse dar cumprimento a essa obrigação, a Lei Estadual nº 14.477/2011, com a redação dada pela Lei Estadual nº 15.388/2014, autorizou o Poder Executivo a realizar operações de crédito no valor de

---

5 “1.1.2. A CONCESSÃO se desenvolverá em 2 (duas) fases progressivas, envolvendo as seguintes funções:

FASE I – Execução da infraestrutura, compreendendo as obras civis, instalação de via permanente e sistemas de alimentação elétrica, de sinalização, de telecomunicações e auxiliares, aquisição de material rodante e demais ações necessárias para permitir a adequada operação da LINHA 18;

FASE II – Operação dos serviços públicos de transporte de passageiros da LINHA 18, com todas as suas estações, no trecho Tamanduateí – Djalma Dutra, compreendendo a prestação de serviços relativos às funções de operação, conservação e manutenção da linha, com o funcionamento das estações, dos terminais de integração intermodal, do centro de controle operacional, do controle do acesso de passageiros e da validação de créditos de viagem, incluindo segurança operacional, pessoal e patrimonial em parâmetros compatíveis com a demanda” (SÃO PAULO. Contrato de concessão patrocinada n. 011/2014: linha 18-bronze. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2014, p. 5).

6 Cf. previsto no item 27.1 do Contrato (Ibidem, p. 114).

R\$ 1.704.000.000,00, que deveriam ser obrigatoriamente aplicados na execução do projeto da Linha 18-Bronze.

Além da autorização legislativa, era necessário assegurar ao Poder Concedente prazo para estruturação das operações financeiras destinadas à obtenção de recursos junto à União e ao BNDES. Para tanto, foi idealizada Etapa Preliminar com duração de seis meses contados da assinatura do Contrato, que, em princípio, poderia ser prorrogada por até seis meses. Dentro do prazo dessa Etapa, as partes contratantes deveriam tomar as providências previstas na Cláusula 4.1.2.1 do Contrato, conforme segue:

**4.1.2.1.** A Etapa Preliminar que tem duração prevista de 6 (seis) meses, contados da data de assinatura do CONTRATO, podendo ser prorrogada por no máximo, 6 (seis) meses, mediante solicitação expressa e motivada da CONCESSIONÁRIA ou determinação do PODER CONCEDENTE, compreendendo as seguintes atividades:

I – formalização da participação da CONCESSIONÁRIA no sistema de arrecadação centralizada, nos termos da Cláusula Vigésima Oitava deste CONTRATO de Concessão;

II – estruturação financeira definida pelo PODER CONCEDENTE do fluxo de APORTE DE RECURSOS a favor da CONCESSIONÁRIA, observando-se a Cláusula Vigésima Sétima do CONTRATO, abrangendo os recursos provenientes do Orçamento Geral da União e a aprovação do contrato de financiamento do BNDES autorizado pela Lei Estadual nº 14.477/2011, alterada pela Lei 14.822/2012 (indicados pelo PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO – PAC2 – Mobilidade Grandes Cidades);

III – formalização do CONTRATO de penhor e outros instrumentos necessários para a efetividade da Garantia da Contraprestação Pecuniária prevista na Cláusula Quinquagésima Segunda;

IV – apresentação pela CONCESSIONÁRIA de um Plano de Financiamento detalhado da CONCESSÃO, indicando as fontes de todos os recursos (recursos próprios e/ou de terceiros) que suportarão os investimentos em obras civis, sistemas e material rodante, assim como demais despesas da fase de implantação da LINHA 18,

devendo incluir: i) carta de intenção/compromisso de instituições financeiras envolvidas com a viabilização do plano apresentado; ii) documento(s) que demonstre(m) claramente a tomada de providências concretas, perante seus acionistas e/ou financiadores, no sentido de assegurar a execução das atividades previstas em consonância com o Cronograma de Implantação do Empreendimento e com o Cronograma do Fluxo de Aporte de Recursos, no caso do financiamento para suportar as atividades a serem realizadas no primeiro ano de vigência da CONCESSÃO; iii) Cronograma Físico-financeiro das Desapropriações e correspondente previsão de Aporte de Recursos, observados os prazos e ritos estabelecidos na Cláusula Trigésima Sétima;

V – alteração pelo PODER CONCEDENTE do Decreto de Utilidade Pública nº 59.762 de 19 de novembro de 2013, transferindo para a CONCESSIONÁRIA a atribuição de proceder às desapropriações, ocupações temporárias e servidões administrativas dos imóveis necessários à implantação do empreendimento;

VI – apresentação pela CONCESSIONÁRIA de Plano Preliminar de Desapropriação, Ocupação Temporária e Servidão Administrativa, para ocupação dos imóveis necessários à implantação da Linha 18, baseado no traçado definido no Projeto Funcional – Volume I do Anexo I, e nos Volume I (Decreto Nº 59.762, de 19 de novembro de 2013) e Volume II (- Desenhos – Perímetros dos blocos de desapropriação constantes da DUP) do Anexo VIII, contendo cronograma de previsão para liberação de todas as áreas, com indicação do caminho crítico e ações prioritárias, conforme Cronograma de Implantação do Empreendimento;

VII – informação pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA acerca de estudos e projetos de intervenções municipais, inclusive de sistemas viários, que influenciam e se relacionam com a implantação, operação e manutenção da LINHA 18;

VIII – informação pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA acerca das condições de eventuais projetos relacionados às interfaces com demais linhas do serviço público metroferroviário a serem consideradas na implantação da LINHA 18;

IX – formalização pela CONCESSIONÁRIA da contratação da CERTIFICADORA DA IMPLANTAÇÃO, nos termos da Cláusula Nona deste CONTRATO e no prazo estabelecido no item 9.4;

X – transferência da titularidade da Licença Prévia – LP para a CONCESSIONÁRIA, com a competente responsabilidade pela continuidade do processo de licenciamento do empreendimento, pela obtenção da Licença de Instalação – LI e da Licença de Operação – LO e pelas renovações desta última, durante o prazo da CONCESSÃO;

XI – Compromisso preliminar firmado com o terceiro a ser contratado, nos termos da Cláusula Oitava item 8.1.38, observada a Cláusula Trigésima Quinta item 35.1.1.1, indicando os instrumentos jurídicos que assegurem o cumprimento das obrigações decorrentes do CONTRATO, relativos a obras civis;

XII – formalização do “contrato de prestação de serviços de administração de valores em conta vinculada”, previsto no item 37.12, a ser celebrado entre a CONCESSIONÁRIA, o PODER CONCEDENTE e o “Agente Financeiro”, que se constituirá no ANEXO XX deste CONTRATO.

XIII – A CONCESSIONÁRIA deverá, por meio de documento hábil e adequado, demonstrar ao PODER CONCEDENTE de que forma cumprirá a obrigação declarada no item 12.1.5 do edital e constante da Cláusula Oitava item 8.8, deste Contrato;<sup>7</sup>

Denota-se, portanto, que, conforme previsto no inciso II da Cláusula 4.1.2.1 do Contrato, na Etapa Preliminar deveria ser comprovada a estruturação financeira do fluxo de aporte de recursos a favor da Concessionária. Somente quando superada a Etapa Preliminar é que seria iniciada a Fase I e, portanto, haveria a possibilidade de a Concessionária realizar qualquer investimento de capital – próprio ou de terceiros – na execução das obras civis e na aquisição de material rodante e sistemas<sup>8</sup>.

7 Ibidem, p. 16-19.

8 A título de comparação, é importante destacar que o projeto concessório possuía CAPEX (do inglês *Capital Expenditure*) estimado em R\$ 4,3 bilhões, sendo R\$ 2,4 bilhões de investimento público e R\$ 1,9 bilhão de investimento privado (cf. quadro-resumo contido na Plataforma Digital de Parcerias, disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/119>. Acesso em: 25 jul. 2022).

Ainda no âmbito de análise da modelagem, deve ser destacada a expressa previsão contratual no sentido de que o prazo de vigência da concessão, que era de vinte e cinco anos, somente teria início a partir da emissão da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”, depois de concluídas as obrigações do Poder Concedente previstas na Etapa Preliminar:

**4.1. O prazo de vigência da CONCESSÃO é de 25 (vinte e cinco) anos.**

**4.1.1. A Concessão contempla as fases de implantação da infraestrutura (FASE I) e de operação, conservação e manutenção dos serviços (FASE II), previstas nos itens 4.1.3 e 4.1.4, respectivamente.**

**4.1.2. O prazo de vigência da CONCESSÃO estabelecido no item 4.1 desta Cláusula inicia-se com a “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”, emitida após concluídas as obrigações do PODER CONCEDENTE previstas na Etapa Preliminar.<sup>9</sup>**

Decorre dessa previsão que, conquanto seja inegável que já havia obrigações a serem cumpridas pelas partes contratantes durante a Etapa Preliminar, o prazo transcorrido nessa etapa, fosse ele de um, seis ou doze meses, não teria qualquer impacto no prazo de vigência da Concessão; além disso, o não cumprimento da Etapa Preliminar tinha como óbvia consequência o fato de tornar inexigível o cumprimento das obrigações previstas para serem realizadas durante as Fases I e II.

Dado que o integral cumprimento das obrigações elencadas na Etapa Preliminar era essencial para dar início ao prazo de vigência da Concessão, com avanço para a Fase I, indubitavelmente essa etapa possuía natureza de condição em relação às fases seguintes, de modo que o próprio Contrato, analisado em seu conjunto, tinha sua eficácia plena condicionada ao cumprimento das obrigações previstas no item 4.1.2.1.

Consequentemente, de rigor reconhecer que, nos termos da modelagem contratual adotada, a não conclusão da Etapa Preliminar impedia que o contrato produzisse alguns de seus possíveis efeitos jurídicos entre as partes, fazendo com que o ajuste fosse tido como

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 16.

válido, vigente e parcialmente eficaz<sup>10</sup>. Com efeito, é certo que não ocorreu, com a mera assinatura do Contrato, a delegação efetiva da implantação e posterior operação da Linha 18-Bronze, haja vista que a Etapa Preliminar, cujo cumprimento condicionava o início da vigência da Concessão, se amolda ao previsto no art. 121 do Código Civil, segundo o qual “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”<sup>11</sup>.

Condição que, segundo Francisco Amaral, “é o acontecimento futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico. Da sua ocorrência depende o nascimento ou a extinção de um direito”. Prossegue o autor:

O agente pode ter motivos para subordinar o início ou a permanência dos efeitos de sua declaração de vontade à ocorrência de acontecimentos para si relevantes.

[...]

A condição amplia, assim, o âmbito de atuação da autonomia privada, permitindo que o ‘o sujeito jurídico adapte os efeitos de sua vontade a acontecimentos futuros’.

[...]

Do ponto de vista da estrutura do negócio jurídico, a condição é elemento acidental, no sentido de ser dispensável à existência do negócio, mas útil e conveniente à produção dos seus efeitos; accidentalidade como sinônimo de exterioridade ou extrinsecidade, embora se reconheça que, em face de um concreto negócio jurídico, possa caracterizar-se como elemento essencial.<sup>12</sup>

---

10 Segundo Orlando Gomes, “o contrato é ineficaz, stricto sensu, quando, embora válido, não produz, temporária ou definitivamente, total ou parcialmente, seus efeitos, em razão da existência de obstáculo extrínseco que impede a modificação da relação jurídica a que tende. Assim, o que contém cláusula subordinando sua execução à condição suspensiva. Seus efeitos somente se produzem se a condição se verificar, e, no caso afirmativo, a partir de seu implemento” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 197). Logo, pode-se afirmar, com apoio em Anderson Schreiber, que “a condição, em sentido técnico-jurídico, é sempre uma modalidade do negócio jurídico e, portanto, uma limitação voluntária à eficácia” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 229).

11 BRASIL. *Código civil e normas correlatas*. 5. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2014, p. 54.

12 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 460 e 462-463.

A Etapa Preliminar, como visto, limitava a eficácia plena do Contrato, uma vez que, antes de sua superação, não tinha início o prazo de vigência da Concessão.

A respeito da limitação da eficácia jurídica atribuída aos negócios jurídicos, Marcos Bernardes de Mello ensina que:<sup>13</sup>

Um negócio jurídico sob condição suspensiva, por exemplo, cria, desde a sua formalização, uma relação jurídica que, embora tenha protraído para o momento da implementação da condição o surgimento de seu conteúdo eficacial.

[...]

O negócio jurídico sob condição suspensiva, e.g., produz, apenas, eficácia parcial, uma vez que sua eficácia total somente se produzirá se e quando implida a condição. Enquanto pendente condição suspensiva, há eficácia interimística (vide, adiantem, “iii”), pois, embora se forme de logo a relação jurídica, dela só se irradiará direito expectativo, em cujo conteúdo se incluem, por exemplo, os direitos à conservação do bem, à defesa de sua posse e, em especial, o direito expectado. O mesmo não ocorre com o termo inicial, espécie em que a eficácia produzida é total. O termo inicial não impede a aquisição do direito, mas, apenas, seu exercício, o que faz dele tão só um elemento limitante de eficácia, contudo não mutilante.

[...]

Diferentemente, é interimística a eficácia negocial quando sua permanência no mundo jurídico é, por natureza, interina, provisória, mas que pode tornar-se definitiva. Ocorre a espécie: (a) quando a eficácia do negócio jurídico está subordinada a condição suspensiva ou resolutiva, de modo que pode desfazer-se ou tornar-se definitiva se implida ou não a condição; (b) quando se trata dos efeitos do ato anulável.

[...]

---

<sup>13</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 51, 59 e 69.

A transitoriedade da eficácia afeta a plenitude dos direitos, pretensões, ações e exceções que integram seu conteúdo, limitando-os em alguns dos poderes e faculdades lhes são inerentes.

O Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, portanto, tinha sua eficácia plena submetida ao cumprimento de uma condição suspensiva, chamada de Etapa Preliminar. Ainda que as obrigações relativas a essa etapa, quanto à sua existência e conteúdo, fossem certas, seu cumprimento era incerto, assim como era incerto o momento em que seriam cumpridas. Tanto assim que, passados mais de cinco anos da assinatura do contrato, tais obrigações não haviam sido cumpridas.

Havia um estado de incerteza sobre se as obrigações contidas na Etapa Preliminar seriam cumpridas, e quando tais obrigações seriam cumpridas, o que é suficiente para se afirmar que a Etapa Preliminar era uma condição à plena eficácia do contrato, que somente ocorreria a partir do início da vigência da concessão. Nesse sentido:

A existência de uma condição pressupõe os seguintes elementos: voluntariedade, futuridade, incerteza e possibilidade. Se a eficácia do negócio jurídico for subordinada por determinação de lei, não haverá condição; e sim, condicio iuris (CC, art. 121). O evento há de ser futuro. Se já verificado ou contemporâneo à prática do negócio, não o condiciona. Há de ser também incerto, podendo verificar-se ou não. A incerteza deve ser objetiva, subsistente para todos. O acontecimento certo não é condição, é termo; e o direito decorrente do negócio, não condicional, mas certo. A incerteza pode manifestar-se no se e no quando (se o papa vier ao Rio de Janeiro, dies incertus an, incertus quando), no se, mas não no quando (se o papa governar 25 anos, dies incertus an, certus quando), somente quando (no dia em que o papa morrer, dies certus an, incertus quando). A condição configura-se nas duas primeiras hipóteses; na terceira, um termo. A futuridade e a incerteza conjugam-se, sendo inter-relacionadas.<sup>14</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Antônio Junqueira de Azevedo denomina de fator de eficácia do negócio o advento do evento futuro e incerto referido pela cláusula condicional:

---

14 AMARAL, op. cit., p. 468.

De fato, muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam dos fatores de eficácia, entendida a palavra fatores como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado.

São, por exemplo, casos de negócios que precisam de fatores de eficácia, os atos subordinados a condição suspensiva. Enquanto não ocorre o advento do evento, o negócio, se tiver preenchido todos os requisitos, é válido, mas não produz efeitos; certamente, a condição como cláusula, faz parte (é elemento) do negócio, mas uma coisa é a cláusula e outra o evento a que ela faz referência; o advento do evento futuro é, nesse caso, um fator de eficácia (é extrínseco ao ato e contribui para a produção dos efeitos).<sup>15</sup>

No Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, a modelagem contratual previu a existência de uma Etapa Preliminar que continha diversas obrigações cujo cumprimento era evidentemente incerto, assim como era igualmente incerto o momento de seu cumprimento (caso viesse a ocorrer), restando caracterizada, deste modo, a natureza de condição suspensiva de cada uma das obrigações componentes dessa etapa. A plena eficácia do contrato somente adviria depois do advento da totalidade dos fatores de eficácia previstos em suas cláusulas 4.1.2 e 4.1.2.1: cumprimento das obrigações que antecediam às fases I e II, e emissão, pelo Poder Concedente, da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”. Antes desse momento, a eficácia do contrato era apenas parcial.

A caracterização da Etapa Preliminar como condição suspensiva não implica reconhecimento de que se trataria de hipótese de condição potestativa pura, que seria vedada por força do art. 122 do Código Civil<sup>16</sup>.

Isso porque, conquanto a vigência da concessão fosse condicionada ao cumprimento das obrigações descritas na Etapa Preliminar, daí não decorre que o negócio jurídico estava inteiramente sujeito

---

15 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

16 “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes” (BRASIL, 2014, p. 54).

ao arbítrio do Poder Concedente, como se este pudesse escolher, arbitrariamente e independentemente de qualquer fator externo, entre cumprir ou não cumprir a obrigação de viabilizar a estruturação financeira do aporte de recursos.

O Contrato foi celebrado antes da viabilização, pelo Poder Concedente, dos financiamentos de longo prazo que trariam os recursos necessários à realização dos aportes, circunstância que era de pleno conhecimento da Concessionária e que motivou a inserção dessa condição na Etapa Preliminar (cf. cláusula 4.1.2.1, II). Para assegurar a obtenção do montante necessário à realização dos aportes, o Poder Concedente poderia ter se valido de recursos orçamentários, o que dependia de condições fiscais adequadas e da destinação de recursos para essa finalidade, realizada pelo Poder Legislativo, ou poderia ter obtido financiamento junto ao mercado, o que dependia do cumprimento de requisitos legais impostos para realização de operações financeiras por entes subnacionais, além, naturalmente, do atingimento de negociação satisfatória com agente disposto a realizar tal operação.

Tem-se, assim, que a condição prevista no Contrato para o início da vigência da Concessão, qual seja, a superação da Etapa Preliminar, por meio do integral cumprimento das obrigações cometidas a cada uma das partes, não ostenta natureza de condição puramente potestativa, tal como essa figura é definida por Silvio Rodrigues:

Nem todas as condições potestativas são ilícitas. Só o são as puramente potestativas, isto é, aquelas em que a eficácia do negócio fica ao inteiro arbítrio de uma das partes sem a interferência de qualquer fator externo; é a cláusula “*si voluero*”, ou seja, se me aprouver.<sup>17</sup>

Francisco Amaral, na mesma linha, ensina que apenas as condições puramente potestativas são proibidas em nosso direito:

---

17 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v.1, p. 245. No mesmo sentido: “a condição puramente potestativa decorre da inexistência de interferência de qualquer fator externo e, por isso, não é considerada lícita.” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.3, p. 498-499).

As condições podem ser casuais, quando a verificação depende do acaso ou da vontade de terceiro; potestativas, quando o acontecimento depender da vontade ou do poder de uma das partes; puramente potestativas, se exclusivamente do arbítrio da parte; e simplesmente potestativas, se não dependerem exclusivamente da vontade de quem se obriga; mistas, se dependerem, ao mesmo tempo, da vontade das partes e do acaso. No caso de condição puramente potestativa, a permanência ou a resolução do negócio dependem da vontade da parte, que tem poder de decisão sobre a eficácia, ou não, do ato, equivalente a verdadeiro poder de resolução ou revogação. As puramente potestativas são proibidas em nosso direito (CC, art. 122), se forem suspensivas; e da parte do devedor, como na hipótese deste ceder o seu contrato de locação sob condição de sua transferência, e esta depender exclusivamente de seu pedido, pois obrigando-se alguém dessa forma, na verdade não se obriga, e nulo será o ato jurídico por falta de manifestação de vontade. Note-se que o arbítrio é do devedor, não do credor. Em suma: a) só é defesa a condição puramente potestativa suspensiva, que sujeita a eficácia do negócio jurídico ao arbítrio do devedor a resolutiva não, pois que não impede a formação do negócio nem a produção de seus efeitos; b) da parte do credor a condição vale, seja pura ou simplesmente potestativa.

É lícita a condição potestativa da parte do devedor sempre que não seja de puro alvedrio, mero capricho. “Ao sistema do nosso Código Civil não repugna a idéia de uma condição potestativa pendente da vontade do devedor. O que se deve concluir é que somente às condições denominadas puramente potestativas pelos comentadores franceses, e meramente potestativas pelos italianos, se refere a condenação do art. 122, quando diz defesas as condições que sujeitarem o ato ao arbítrio de uma das partes”<sup>18</sup>

18 AMARAL, op. cit., p. 469-470. No mesmo sentido: “A lei destaca (Código Civil, art. 115, segundo membro; Anteprojeto de Código de Obrigações, art. 27), de entre as condições que invalidam o ato aquela que o sujeita ao arbítrio exclusivo de uma das partes. É a chamada condição potestativa pura, que põe todo o efeito da declaração de vontade na dependência do exclusivo arbítrio daquele a quem o ato interessa: o ‘si volam’, ou ‘si volueris’, dos exemplos clássicos (‘dar-te-ei 100 se eu quiser’ ou (‘dar-me-ás 100 se quiseres’), é uma cláusula que nega o próprio ato. Não há, com efeito, emissão válida de vontade, e a rigor não há mesmo emissão nenhuma, dès que fique o ato na dependência de lhe atribuir ou

A ilicitude que advém da condição puramente potestativa decorre da sua natureza de representar condição cuja ocorrência é sujeita ao absoluto arbítrio de uma das partes, não dependente de interferência de qualquer fator externo, atribuindo, portanto, a uma das partes contratuais a prerrogativa de decidir, ao seu alvedrio, se a condição será ou não satisfeita.

Não é, à toda evidência, o que se observa da condição prevista na Cláusula 4.1.2.1, inciso II do Contrato, eis que a estruturação financeira do aporte de recursos, a cargo do Poder Concedente, não estava, em nenhuma medida, sujeita a mero arbítrio do próprio estado de São Paulo; muito ao contrário, a complexa operação sofria interferência de diversos fatores externos, dentre os quais as circunstâncias macroeconômicas do país e os correspondentes impactos sobre a situação fiscal do estado, bem como a própria disponibilidade de financiamento, em si dependente de avaliação, tanto pela Secretaria do Tesouro Nacional, como pelos próprios agentes financeiros de suas condições fiscais.

Evidente, então, que havia inúmeros fatores externos capazes de influenciar, e até mesmo inviabilizar, o cumprimento da condição prevista na cláusula 4.1.2.1, inciso II do Contrato, na medida em que a obtenção de financiamento de grande vulto, especialmente em um cenário de dificuldades fiscais e de restrição de acesso a crédito, além de não depender exclusivamente da vontade do estado, não pode ser entendida como providência simples, notoriamente a partir da crise econômica, fiscal e orçamentária verificada no Brasil a partir do final de 2014.

---

não o interessado qualquer eficácia. Tem o mesmo sentido e o mesmo efeito frustratório, podendo ser capitulada como condição potestativa pura, a indeterminação protestativa da prestação, por ver que, neste caso a potestatividade do ato se desloca da sua realização para a estimada da ‘res debita’, equivalendo nos seus efeitos ao ‘si volam’. Ao inquinar a lei de nulidade o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxação de preço (Código Civil, artigo 1.125; Anteprojeto de Código de Obrigações, art. 373), está coibindo uma declaração de vontade, que é espécie de gênero ‘condição potestativa pura’, pois dizer o agente que paga ‘quantum volam’ é apenas a especificidade do ‘si volam’. Na verdade, ‘pagarei quanto quiser’, é o mesmo que ‘pagarei se quiser’, pois o arbítrio do devedor poderá restringir a soma devida a proporções tão irrisórias que a solução da obrigação ficaria no limite do quase nada (‘sestertio nummo uno’)’ (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 366-367).

De fato, ainda que tenha havido empenho por parte do Poder Concedente para dar cumprimento à obrigação de viabilizar a estruturação financeira necessária para a realização dos aportes, o insucesso na obtenção do financiamento – uma das causas invocadas pelo Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (CGPPP) para fundamentar a inafastável necessidade de extinção antecipada do Contrato –, não é suficiente para lançar sobre a condição contratualmente prevista a natureza de puramente potestativa, justamente porque a realização da operação financeira estava sujeita a circunstâncias absolutamente alheias ao controle das partes contratantes.

A Etapa Preliminar, portanto, não possuía natureza de condição puramente potestativa, seja porque ambas as partes contratantes tinham assegurada a faculdade de não firmar novo aditamento de prorrogação do prazo de sua duração, seja porque a inviabilização da estruturação financeira do aporte de recursos não decorreu de puro alvedrio ou mero capricho do Poder Concedente, mas de circunstâncias macroeconômicas e condições fiscais que inviabilizaram a destinação de recursos públicos a esse projeto.

### **3. A IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO PELO PODER CONCEDENTE E A CONSEQUÊNCIA DA AUSÊNCIA DE CONSENSO SOBRE A PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA ETAPA PRELIMINAR DO CONTRATO**

As partes estabeleceram, como visto, a existência de uma Etapa Preliminar cuja superação era imprescindível ao início da vigência da Concessão. As obrigações incluídas nessa etapa deveriam ser cumpridas em até seis meses, podendo este prazo ser prorrogado, por iniciativa de qualquer das partes, por até seis meses. Não há dúvida, portanto, de que as partes reconheceram, no momento da formação da relação contratual, que a Concessão somente teria início se, ao longo deste prazo máximo de doze meses, fossem superadas todas as condições suspensivas contidas nas Cláusulas 4.1.2 e 4.1.2.1 do Contrato.

Qualquer postergação desse prazo, naturalmente, sempre dependeu da celebração de aditamento contratual, para o qual, ressalvadas as

hipóteses de exercício da prerrogativa estatal de alteração unilateral dos contratos, era indispensável a consensualidade das partes.

Enquanto a prerrogativa estatal de alteração unilateral dos contratos é extraída diretamente da lei, a possibilidade de prorrogação do prazo por consenso das partes podia ser depreendida da própria modelagem contratual adotada, por ser evidente o interesse mútuo na conclusão da Etapa Preliminar, o que acabou por ser confirmado pelo conteúdo dos próprios Termos Aditivos de prorrogação<sup>19</sup>.

O Termo Aditivo nº 01 previu que o prazo estabelecido no item 4.1.2.1 ficava prorrogado por mais seis meses, podendo ser objeto de outras prorrogações, mediante concordância das partes, por sucessivos períodos com duração estabelecida no respectivo ato de deliberação da prorrogação, até o limite de vinte e quatro meses contados da data de assinatura do contrato.

Já no Termo Aditivo nº 02 foi prevista a necessidade de, ao longo do período de prorrogação, serem realizadas reuniões mensais entre as partes, em que seriam avaliadas

as medidas já tomadas pelo Poder Concedente e pela Concessionária VEM ABC, os atos de planejamento subsequentes para verificação da viabilidade do projeto, incluindo, mas não se limitando, a análise dos andamentos e providências futuras para obtenção dos financiamentos de longo prazo pela Concessionária VEM ABC e pelo Poder Concedente<sup>20</sup>.

O Termo Aditivo nº 03, por sua vez, alterou o item 4.1.2 do Contrato para reconhecer de forma expressa a preexistente natureza condicional da Etapa Preliminar, cuja superação era essencial para plena eficácia do Contrato e para início do prazo de vigência da Concessão (cf. parágrafo primeiro da Cláusula Primeira):

19 Os termos aditivos podem ser encontrados em: [www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/](http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/119) Detalhes/119. Acesso em: 25 jul. 2022.

20 SÃO PAULO. Termo aditivo n. 02 ao Contrato de Concessão patrocinada n. 011; 2014. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2016a, p. 3.

Redação original do item 4.1.2 do Contrato	Redação do item 4.1.2 do Contrato, dada pelo Termo Aditivo nº 03
O prazo de vigência da CONCESSÃO estabelecido no item 4.1 desta Cláusula inicia-se com a "Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão", emitida após concluídas as obrigações do PODER CONCEDENTE previstas na Etapa Preliminar.	O início do prazo de vigência da concessão, com a respectiva emissão da "Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão" fica condicionado à estruturação financeira do PODER CONCEDENTE e à aprovação do financiamento de longo prazo da CONCESSIONÁRIA.

Fica claro, portanto, que houve consenso para que as postergações do prazo de conclusão da Etapa Preliminar ocorressem, sendo relevante o fato de que a Concessionária tinha plena ciência de que a celebração dos aditamentos era necessária para viabilizar a estruturação financeira do Poder Concedente, a qual, reconhecidamente, dependia da análise da situação macroeconômica do país e da situação fiscal do estado, realizada por possíveis agentes financiadores<sup>21</sup>.

21 Nesse sentido, tanto o considerando (vi) do Termo Aditivo nº 02, como o considerando (vi) do Termo Aditivo nº 03, elencados como parte das justificativas para a necessidade das prorrogações: Termo Aditivo nº 02: "(vi) que diante da proximidade do vencimento do prazo previsto para cumprimento da Etapa Preliminar, o Poder Concedente, por meio do Ofício GS/STM 249/2016, de 13 de junho de 2016 indagou a Secretaria da Fazenda sobre novos fatos relacionados à captação de recursos para a Linha 18 que, em resposta, por meio do Ofício 436/2016-GS-ACR, de 27/06/2016, esclareceu que: (i) em relação ao financiamento de US\$182,7 milhões, destinado ao pagamento das desapropriações, a Secretaria Executiva da Comissão de Financiamentos Externos/COFIEX comunicou que o pleito foi retirado de pauta em função da inexistência de capacidade de pagamento, apurada pelo Ministério da Fazenda, por meio de classificação fiscal; (II) o Governo do Estado poderá reapresentar o pleito à SEAIN/COFIEX quando superada a questão, alertando que a próxima classificação está prevista para agosto de 2016; (ii) quanto à operação de crédito junto ao BNDES, o Banco apenas retomará as negociações uma vez definido o equacionamento do financiamento das desapropriações" (Ibidem, p. 2). Termo Aditivo nº 03: "(vi) que diante da proximidade do vencimento do prazo previsto para cumprimento da Etapa Preliminar, o Poder Concedente, por meio de mensagem eletrônica indagou a Secretaria da Fazenda sobre novos fatos relacionados à captação de recursos para a Linha 18 que, em resposta, por meio de mensagem eletrônica de 20 de setembro de 2016, noticiou que, ao menos por ora, não há prazo para que a estruturação financeira do Poder Concedente seja finalizada, apontando ainda que: (i) tendo em vista a inexistência de capacidade de pagamento do Estado, apurada pelo Ministério da Fazenda por meio de classificação fiscal, a União fica impossibilitada de conceder garantia ao Estado de São Paulo, inviabilizando assim a contratação de financiamento externo; (ii) quanto à operação de crédito junto ao BNDES, o Banco apenas retomará as negociações uma vez definido o equacionamento do financiamento das desapropriações constantes no item anterior" (SÃO PAULO. Termo aditivo n. 03 ao Contrato de Concessão patrocinada n. 011; 2014. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2016b, p. 2).

O prazo para cumprimento da Etapa Preliminar foi prorrogado em mais duas oportunidades, por meio dos Termos Aditivos nº 04 e nº 05, totalizando quase quatro anos de postergação<sup>22</sup>, sem que tenha sido viabilizada a estruturação financeira necessária para realização dos aportes.

Uma vez superado o prazo originalmente previsto, bem como os prazos resultantes das prorrogações, qualquer das partes podia, em qualquer momento anterior à celebração dos cinco termos aditivos, ter manifestado discordância sobre a postergação da duração da Etapa Preliminar<sup>23</sup>.

Alcançado o termo fixado no Termo Aditivo nº 05 para estruturação financeira do Poder Concedente, sem que tenha havido sucesso, não foi exercida a prerrogativa de alteração unilateral e não houve consenso a respeito da celebração de um sexto termo aditivo, para nova prorrogação do prazo, reconhecendo-se, em caráter definitivo, o não cumprimento de condição que suspendia a eficácia plena do Contrato e o início de vigência da Concessão. Mais que isso, reconheceu-se não ser possível a continuidade de execução do Contrato, de modo que a extinção antecipada era inevitável<sup>24</sup>, decorrendo tal conclusão da própria natureza jurídica que

---

22 Termo Aditivo nº 01 – prorrogou o prazo de duração da etapa preliminar por mais seis meses, prorrogáveis até o limite de 24 meses contados da data de assinatura do contrato; Termo Aditivo nº 02 – prorrogou o prazo de duração da etapa preliminar por mais três meses (até 22/11/2016); Termo Aditivo nº 03 – prorrogou o prazo de duração da etapa preliminar por mais seis meses (até 22/05/2017); Termo Aditivo nº 04 – prorrogou o prazo de duração da etapa preliminar por mais seis meses (até 22/11/2017); Termo Aditivo nº 05 – prorrogou o prazo de duração da etapa preliminar por mais 12 meses (até 22/11/2018).

23 Ressalvada, evidentemente, a prerrogativa estatal de modificar unilateralmente o contrato, com fundamento no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.666/93:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;” (BRASIL. Lei n. 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. 8269, 22 jun. 1993, art. 58).

24 Confira-se, a esse respeito, a manifestação da Procuradora Geral do Estado Adjunta, na já mencionada reunião conjunta do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização (CDPED) e do CGPPP, “que ponderou que, diante deste cenário de sucessivas prorrogações do prazo de vigência, sem perspectiva de verificação das condições necessárias à execução da Etapa Preliminar, não seria possível manter a atualidade do Contrato de Concessão Patrocinada apenas pela atualização monetária de seus valores, conforme entendimento já exarado pelo Tribunal de Contas da União e que, diante da caducidade do Decreto de Utilidade Pública relativo às desapropriações, seria recomendável encerrar a contratação, pela não existência das condições necessárias à sua continuidade” (SÃO PAULO. Contrato: PPP da Linha 18 Bronze (monotrilho) do Metrô. Diário Oficial Estado de São Paulo: poder legislativo, São Paulo, p. 16, 29 jul. 2020, p. 16).

possui a condição suspensiva de plena eficácia de uma relação contratual. Veja-se, a propósito, o ensinamento de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

Como observa Rose Venceslau, “normalmente é aposto um prazo para o adimplemento da condição. Porém, se nenhum prazo for estipulado, o estado de pendência continua, nas condições positivas, enquanto não se tiver certeza de que o evento não ocorrerá; e nas condições negativas, enquanto não se tiver certeza de que não poderá ocorrer mais o previsto” (“O Negócio Jurídico”, p. 214). O TJPR entendeu que “pactuada obrigação sob condição suspensiva subordinativa da eficácia obrigacional do próprio contrato, o não implemento da condição, por ato de terceiro, importa na extinção de pleno direito da obrigação. Em consequência, ante a perda de sua eficácia, extingue-se o próprio contrato, retornando os contraentes ao estado anterior a sua celebração”, de modo que julgou improcedente a ação de indenização por perdas e danos, já que a entrega da mercadoria estava prevista para dia certo, mas condicionada à aprovação de financiamento que não ocorreu (TJPR, 1<sup>a</sup> C.C., AR 079571100, Rel. Des. Ulysses Lopes, julg. 19.10.1999).<sup>25</sup>

O reconhecimento, pelo Poder Concedente, da impossibilidade de celebração de novo termo aditivo, para prorrogar o prazo de cumprimento da Etapa Preliminar, não configura qualquer violação contratual; ao contrário, essa conduta indica o estrito cumprimento da condição originalmente integrante da relação contratual estabelecida pelas partes.

Com efeito, ter o contrato por antecipadamente encerrado depois de alcançado o prazo previsto na Cláusula 4.1.2.1, sem que tivessem sido adimplidas as condições suspensivas da eficácia do Contrato e de início de vigência da Concessão, representa a consequência ordinária decorrente da própria modelagem contratual adotada, de modo que era a prorrogação do prazo que possuía natureza extraordinária e, portanto, dependente de consenso ou do exercício de prerrogativa estatal.

Nesse contexto, em cada oportunidade em que foi alcançado o prazo estabelecido para cumprimento da Etapa Preliminar, cabia a cada uma

25 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 253.

das partes, ao seu próprio juízo e de acordo com as justificativas que julgassem pertinentes à tomada de decisão, avaliar se era mais adequado dar continuidade às tentativas de adimplemento da condição suspensiva, firmando aditivos contratuais para prorrogação de prazo, ou era mais conveniente não modificar o regime contratual e simplesmente aplicá-lo, dando por encerrada a relação contratual, independentemente de consenso<sup>26</sup>, por não ter sido satisfeita a condição estabelecida, indispensável ao avanço para a fase subsequente.

A partir do momento em que o Poder Concedente reconheceu a existência de óbice insuperável, que era alheio à sua vontade e capacidade de controle, e que impedia o cumprimento de condição necessária para plena eficácia do Contrato e para início da vigência da Concessão, não houve mais consenso a respeito de nova prorrogação do prazo para conclusão da Etapa Preliminar, advindo daí, como única consequência juridicamente possível em face da modelagem adotada, o encerramento antecipado do Contrato.

#### **4. O NÃO ENQUADRAMENTO DA EXTINÇÃO ANTECIPADA EM NENHUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEI N° 8.987/95 E NO CONTRATO, E O DIREITO IMPLÍCITO DE AMBAS AS PARTES À RESILIÇÃO**

O Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, reproduzindo o conteúdo do art. 35 da Lei nº 8.987/95, indicou seis hipóteses de extinção da concessão:

- 42.1.** Extingue-se a CONCESSÃO observadas as normas legais específicas, quando ocorrer:
  - a. advento do termo contratual;
  - b. encampação;
  - c. caducidade;
  - d. rescisão;

---

<sup>26</sup> O consenso, nessa hipótese, era desnecessário, por representar mera aplicação do contrato firmado, a respeito do qual fora estabelecido consenso no ato da contratação.

e. anulação;

f. falência ou extinção da CONCESSIONÁRIA.<sup>27</sup>

Não tendo sido expressamente prevista a possibilidade de encerramento antecipado do Contrato, em virtude de inviabilidade do cumprimento da Etapa Preliminar, tornou-se necessária a avaliação, pela Administração, do enquadramento jurídico adequado a ser dado ao inevitável encerramento do Contrato, por meio do cotejo entre a situação de fato verificada e as hipóteses legal e contratualmente admitidas.

Não era possível, evidentemente, enquadrar a situação nas hipóteses de extinção previstas nas alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f” da cláusula 42.1 do Contrato, tendo em vista que, respectivamente: (i) o contrato não chegou ao término do seu prazo de vigência; (ii) não houve descumprimento contratual grave por parte da Concessionária; (iii) não houve propositura de ação judicial por parte da Concessionária para rescisão do contrato (cf. art. 39 da Lei nº 8.987/95), dado que a extinção antecipada foi conduzida por iniciativa do Poder Concedente; (iv) não era caso de anulação do contrato, por não ter sido identificada qualquer ilegalidade no processo licitatório, na formalização do contrato ou em cláusula essencial que comprometesse a prestação do serviço<sup>28</sup>; e (v) não se tratava de falência ou extinção da Concessionária.

Restou perquirir, portanto, se era juridicamente possível cogitar-se de hipótese de encampação, conceituada pelo art. 37 da Lei nº 8.987/95 como sendo “a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”<sup>29</sup>.

27 SÃO PAULO, 2014, p. 166-167.

28 “47.1. O CONTRATO poderá ser anulado em caso de ilegalidade no processo licitatório, em sua formalização ou em cláusula essencial que comprometa a prestação do serviço, por meio do devido processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa e iniciado a partir da notificação emitida pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA” (Ibidem, p. 174).

29 BRASIL. Lei n. 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, art. 37.

Sendo incontroverso o fato de que a execução do Contrato se encontrava na Etapa Preliminar, não havia ainda, portanto, serviço público efetivamente concedido que pudesse ser retomado ou prazo de concessão em andamento. Somente estaria caracterizada a encampação se houvesse possibilidade de efetiva retomada de algo que tivesse sido concretamente concedido. Essa é a única interpretação possível do art. 37 da Lei nº 8.987/95, em conjunto com a Cláusula Quadragésima Quarta do Contrato, que tratava da encampação e de suas consequências, especialmente as cláusulas 44.2.1 e 44.2.2, que disciplinavam a indenização devida nessa hipótese<sup>30</sup>.

O rol de obrigações impostas ao Poder Concedente e à Concessionária durante a Etapa Preliminar deixa claro que, antes do cumprimento integral dessa etapa, e antes da emissão da Declaração de Início de Vigência da Concessão, não havia efetiva concessão em favor da Concessionária do serviço público objeto do contrato, não havia autorização para utilização de bens públicos, assim como não havia obrigação de realização de desapropriações e tampouco havia obrigação de aquisição de bens ou investimentos vinculados à concessão, pela Concessionária.

Somente a partir do início da Fase I é que surgiria a obrigação da Concessionária de executar as obras civis, de adquirir sistemas e material rodante, de implementar desapropriações, ocupações temporárias e servidões administrativas de imóveis privados, e de se imitir na posse de todos os imóveis públicos e privados necessários à implementação do projeto, como se observa na Cláusula 4.1.3 do Contrato<sup>31</sup>.

---

30 “44.2. Em caso de encampação a CONCESSIONÁRIA terá direito à indenização, nos termos do art. 36 da Lei Federal nº 8987/95, paga previamente, que cobrirá, necessariamente:

44.2.1. As parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido;

44.2.2. Todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidas, por decorrência da encampação, a fornecedores, contratados e terceiros em geral, em decorrência do rompimento dos vínculos contratuais” (SÃO PAULO, 2014, p. 169).

31 “4.1.3. A FASE I, composta pela execução da infraestrutura da LINHA 18, compreendendo as obras civis, aquisições de sistemas e material rodante, e todas as intervenções necessárias para permitir a OPERAÇÃO COMERCIAL da LINHA 18, deverá ser concluída no prazo máximo de 4 (quatro) anos a contar da data do início do prazo de vigência da CONCESSÃO.

4.1.3.1. Nos primeiros 12 (doze) meses da Fase I deverão ser tomadas as seguintes providências:

Logo, somente depois de iniciada a Fase I é que se poderia falar em plena efetividade da concessão a possibilitar a encampação do serviço concedido. A própria definição doutrinária da encampação corrobora essa conclusão:

É a encampação ou resgate um instituto de direito público, no qual se fundam direitos do Estado sobre bens determinados pertencentes a um particular, emergente do contrato ou da lei que autorizou a concessão, segundo o qual pode a pessoa administrativa concedente findar a convenção antes do seu termo normal, pagando uma indenização previamente acordada, correspondente ao montante dos capitais invertidos pelo concessionário para bem executar o serviço público.<sup>32</sup>

Encampação ou resgate: é a retomada coativa do serviço, pelo poder concedente, durante o prazo de concessão, por motivo de interesse público.<sup>33</sup>

Na encampação, mediante indenização baseada em custo histórico, o poder concedente faz voltar ao seu controle direto, bens, direitos, instalações que, pela ficção compreendida na figura da concessão, pertencem ao poder concedente, ainda que tenham sido construídas e estejam sendo operadas pelo concessionário.<sup>34</sup>

---

a) implementação da desapropriação, ocupação temporária ou servidão administrativa dos imóveis privados por parte da CONCESSIONÁRIA com a imissão de posse de todos os imóveis necessários à implementação do projeto e liberação dos imóveis correspondentes, de acordo com o cronograma apresentado juntamente com o Plano de Desapropriação Ocupação Temporária e Servidão Administrativa;

[...]

h) formalização entre o PODER CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA de documento hábil e adequado para reger a liberação com a efetiva transferência das áreas públicas e direitos para implantação da via elevada do Monotrilho em todo o seu traçado dentro dos municípios abrangidos pela Linha 18 (São Paulo, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e Santo André) de acordo com o cronograma apresentado juntamente com o Plano de Desapropriação Ocupação Temporária e Servidão Administrativa, observado o caminho crítico;” (Ibidem, p. 19-21).

32 BROSSARD, Paulo. Resgate ou encampação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 409-417, 1950, p. 412.

33 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 352.

34 ÁLVARES, Walter Tolentino. *Direito da energia*. Belo Horizonte: Instituto de Direito da Eletricidade, 1974. v. 3, p. 726.

Dois propósitos principais informam o conteúdo da encampação da concessão de serviço público: de um lado, a revogação, pela administração concedente, da concessão mesma – seja esta, ou não, de natureza contratual [...]; e, de outro lado, a aquisição, pela administração concedente, do acervo de bens, aplicados pelo concessionário à execução do serviço.

[...]

Na encampação, esse direito subjetivo público tem como conteúdo o poder exigir, a administração concedente, ao concessionário que não levante, este, revogada a concessão, os bens aplicados à execução do serviço concedido, para destiná-los a fim ou fins diversos, forçando-o, de tal modo indiretamente, a transmiti-los à administração concedente, mediante a satisfação do respectivo valor.<sup>35</sup>

Não sendo possível entender que houve encampação, também não era exigível lei autorizativa específica e tampouco indenização prévia.

O Contrato, como evidenciado, foi antecipadamente encerrado em virtude da impossibilidade de implementação de condições que deveriam ter sido cumpridas durante a Etapa Preliminar. A inevitabilidade do encerramento do Contrato decorria da modelagem contratual adotada e resultava da existência de condições suspensivas cujo implemento era indispensável para avanço à fase subsequente e para o início de vigência da Concessão.

Contratos de concessão, como se sabe, são contratos de longa duração<sup>36</sup>, modelados a partir de determinadas premissas econômicas, políticas e tecnológicas que nem sempre se confirmam durante a execução do ajuste. É natural, desse modo, que a alteração substancial de quaisquer das premissas adotadas cause impacto significativo

---

35 LIMA, Ruy Cirne. *Concessão de serviço público – encampação – desapropriação*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 74, p. 372-377, 1963, p. 373-374 e 376.

36 Contratos de parceria público-privada (concessões patrocinadas e administrativas), por força do art. 5º, inciso I da Lei nº 11.079/2004, não podem ter prazo de vigência inferior a cinco ou superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação. Concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95, não possuem prazos mínimo e máximo legalmente fixados, mas usualmente são objeto de contratos de longa duração, em virtude da necessidade de amortização de investimentos e de geração de remuneração para o concessionário.

nos termos avençados, podendo, no limite, tornar seu cumprimento impossível ou indesejável, à luz, primordialmente, do interesse público. O prazo dilatado do contrato, e o fato de ser ele baseado em premissas sensíveis, exige das partes maior cautela na interpretação contratual, especialmente quando houver necessidade de identificação e suprimento de eventuais lacunas.

Nesse contexto, observou-se que a situação fática verificada não poderia ser solucionada exclusivamente a partir dos termos previstos expressamente no Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, ou das Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/2004, para não possibilitar a ocorrência de significativo prejuízo ao erário e ao interesse público, caracterizado pela manutenção da parceria público-privada, e para evitar possível enriquecimento sem causa por parte da Concessionária.

Não sendo aplicável ao encerramento contratual em questão nenhuma das hipóteses legal e contratualmente previstas de forma expressa, e tendo a extinção ocorrido de forma inevitável, somente é possível enquadrar a situação fática na figura da resilição unilateral, disciplinada pelo art. 473 do Código Civil<sup>37</sup> e implicitamente admitida pelo Contrato como decorrência da modelagem contratual, especialmente do fato de que as prorrogações de prazo para conclusão da Etapa Preliminar ocorreram em virtude de ter havido consenso entre as partes contratantes.

Com efeito, desde a celebração do Contrato as partes anuíram, de modo irretratável, que somente seria superada a Etapa Preliminar se fossem integralmente adimplidas todas as obrigações atribuídas ao Poder Concedente; *a contrario sensu*, as partes inequivocamente anuíram que, caso não adimplida qualquer dessas obrigações, o contrato seria formalmente encerrado, eis que, evidentemente, não seria cogitável a hipótese de, não podendo o contrato mais prosseguir por ter se mostrado de impossível cumprimento alguma das condições estabelecidas para seu prosseguimento, esse mesmo contrato também não poder ser reconhecido como extinto, permanecendo indefinidamente no mundo jurídico sem qualquer perspectiva de superação do impasse.

---

<sup>37</sup> “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte” (BRASIL, 2014, p. 79).

A Concessionária, ciente da modelagem contratual proposta pelo Poder Concedente e fixada no edital da licitação, apresentou proposta e assinou o Contrato de Concessão Patrocinada nº 11/2014 consentindo com o fato de que o início da vigência da Concessão só ocorreria na hipótese de cumprimento das obrigações previstas na Etapa Preliminar. Tal ciência e consentimento, além de fato inexorável, é extraível do item 20.1.1 do Contrato, segundo o qual “a CONCESSIONÁRIA deverá promover levantamento pormenorizado dos riscos que assume com a assinatura deste CONTRATO e, na execução das atividades de implantação da LINHA 18, deve adotar soluções técnicas e/ou processos adequados e eficientes a mitigá-los”<sup>38</sup>.

A previsão de que a vigência da Concessão somente se iniciaria depois de cumpridas as obrigações previstas na Etapa Preliminar aponta para o fato de que as partes implicitamente concordaram que, não cumpridas tais obrigações no prazo estipulado, e no prazo estabelecido por eventuais prorrogações, se não mais existisse perspectiva concreta e razoável de cumprimento, não haveria alternativa senão o encerramento antecipado do Contrato.

Com apoio em ensinamento de Orlando Gomes, é possível afirmar que existem, no caso, condições contratuais subentendidas, decorrentes do conteúdo do Contrato e da natureza das obrigações assumidas:

O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela aferível. Ademais, subentendem-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade. Fala-se na existência de condições subentendidas. Admitem-se, enfim, que as partes aceitaram essas consequências, que realmente rejeitariam se as tivesse previsto. No caso, pois, a interpretação não se resume a simples apuração da intenção das partes.<sup>39</sup>

---

38 SÃO PAULO, 2014, p. 75.

39 GOMES, op. cit., p. 36.

Se o Contrato previu que o início da vigência da Concessão ocorreria somente depois da conclusão da Etapa Preliminar, é forçoso reconhecer que as partes também previram, ainda que de forma não expressa, a possibilidade de encerramento contratual antecipado, antes do início da vigência da Concessão, na hipótese de impossibilidade, jurídica, técnica ou financeira, de cumprimento das obrigações previstas para aludida etapa.

Essa hipótese, que está implicitamente inserida no Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, passou a ser disciplinada de modo expresso nos contratos de concessão mais recentemente celebrados pelo estado de São Paulo, a exemplo, na própria Secretaria dos Transportes Metropolitanos, do contrato para concessão das Linhas 5 e 17 do Metrô (Cláusulas 10.3.2, 20.5.3.1.ii e 71.2), da minuta do contrato para concessão da Linha 15 do Metrô (Cláusulas 9.3.2 e 72.2), e, no âmbito da Artesp, do contrato para concessão das rodovias integrantes do Lote Piracicaba-Panorama (Cláusulas 45.1.1 e 45.4).

Consoante ensinamento de Orlando Gomes, “sob o nome de resilição [...] designa-se o modo de extinção dos contratos por vontade de um ou dos dois contratantes”<sup>40</sup>. O autor divide a resilição em bilateral, quando “as próprias partes do contrato deliberam dissolvê-lo mediante negócio extintivo”<sup>41</sup>, e unilateral, quando depende da manifestação de vontade de apenas uma das partes, assinalando que “a natureza do poder de resilir unilateralmente o contrato não sofre contestação: trata-se de um direito potestativo”<sup>42-43</sup>.

---

40 Ibidem, p. 189.

41 Ibidem, p. 189-190.

42 Ibidem, p. 191.

43 Na mesma linha, de se tratar de um direito potestativo: “Conceitualmente, a resilição é uma modalidade de extinção dos contratos decorrente de manifestação de vontade, correspondendo ao direito potestativo de um dos contratantes de impor a extinção do contrato – independentemente de inadimplemento pela outra parte, sem a possibilidade de oposição pelo outro, representando desdobramento da liberdade de contratar. Conforme Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resilição unilateral é um negócio jurídico unilateral extintivo, decorrente unicamente da vontade de uma das partes. Nesse sentido, o instituto difere do distrato, que exige o consentimento de ambas as partes para o encerramento da relação jurídica, ou seja, por meio de ato jurídico bilateral. O direito a resilição unilateral atua como modo de proteção e reforço ao princípio da liberdade contratual, fundado no princípio de ordem pública de que ninguém pode vincular-se de modo perpétuo. Contudo, por outro lado, verifica-se que tal instituto fragilizaria a observância aos contratos, restando cabível uma avaliação caso a caso para identificar a natureza do contrato e propor uma interpretação

Portanto, a extinção antecipada do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, tendo ocorrido por iniciativa do Poder Concedente, possui natureza jurídica de resilição unilateral, por ter dependido da manifestação de apenas uma das partes, e não ter sido embasada na constatação de efetivo inadimplemento da outra parte, sendo certo, ademais, que a faculdade de não firmar novo aditamento de prorrogação do prazo de duração da Etapa Preliminar era igualmente assegurada a ambas as partes contratantes, como visto anteriormente, sem que as razões adotadas pela parte que deliberou pela resilição pudessem ser sindicadas pela outra, por se tratar de direito potestativo.

Em suma, constatada a impossibilidade de cumprimento da Etapa Preliminar, em virtude da ausência de perspectiva de financiamento do projeto, não era juridicamente possível obrigar as partes a permanecerem vinculadas ao Contrato, por meio da celebração de tantos aditivos de prorrogação de prazo quantos fossem necessários até que houvesse mudança no cenário econômico e o projeto voltasse a ser financeiramente viável.

## 5. A INDENIZAÇÃO DEVIDA À CONCESSIONÁRIA

O encerramento contratual antecipado, por meio de resilição unilateral, acarreta consequências financeiras, conforme sustentado por Anderson Schreiber:

Ninguém pode ser compelido a permanecer obrigado para sempre, mas se as partes celebram um contrato, a “saída” de qualquer das partes antes do seu cumprimento representa, em regra, descumprimento do contrato, de modo que, embora o contratante sempre possa romper o vínculo, arcará com as consequências dessa ruptura, em especial com a reparação das perdas e danos causados à contraparte.<sup>44</sup>

Ainda que tenha sido possível extrair da modelagem contratual a hipótese de encerramento antecipado do ajuste, conforme já exposto,

---

alinhada com os princípios do direito empresarial, se for o caso” (LUPION, Ricardo; DUARTE, Victória Albertão. Contratos empresariais: a resilição unilateral e a recuperação dos investimentos. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 5, n. 1, p. 1.935-1.976, 2019, p. 1.950-1.951).

44 SCHREIBER, op. cit., p. 472.

o mesmo não pode ser dito a respeito de suas consequências financeiras. Nesse cenário, é essencial a realização de atividade de interpretação e integração do ajuste, de modo a colmatar, com base na boa-fé objetiva, a lacuna contratual relacionada à compensação financeira devida à Concessionária em decorrência do encerramento contratual antes do início da vigência da Concessão.

A doutrina reconhece a possibilidade de interpretar e completar contratos com base em princípios, sendo o mais relevante, para tal finalidade, o da boa-fé objetiva:

A função interpretativa da boa-fé está prevista no art. 113 do Código Civil. A interpretação dos contatos pode se desenrolar em duas fases. A primeira tem por objetivo a determinação da intenção ou sentido comum atribuído pelas partes à declaração contratual. Contudo, a declaração contratual frequentemente apresenta deficiências (lacunas, ambiguidades ou obscuridades) insanáveis mediante a busca da intenção dos contratantes. Entra em jogo, então, a segunda fase de interpretação, cujo fim é eliminar as falhas da declaração negocial. Tendo em vista que todo contrato implica conflito de interesses, essa segunda etapa interpretativa segue critérios objetivos, notadamente a boa fé e os usos em função interpretativa. Interpretar conforme a boa-fé é substituir o ponto de vista relevante, posicionando no contexto do contrato um modelo de pessoa normal, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial caso houvesse percebido a deficiência.<sup>45</sup>

O ponto de partida dessa atividade interpretativa, obrigatoriamente, é o art. 36 da Lei nº 8.987/95, aplicável às hipóteses de extinção da concessão antes do advento do termo contratual (cf. estabelecem o art. 35, § 4º, e o art. 38, § 5º). Está ali previsto que a indenização a que tem direito a Concessionária corresponde ao valor “das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

---

45 GOMES, op. cit., p. 37.

Da perspectiva do parceiro privado, o contrato de concessão não se diferencia de qualquer outro negócio financeiro, em que o investidor mobiliza recursos para uma finalidade produtiva visando obter, como vantagem econômica, um retorno sobre o capital investido que compense os riscos assumidos no projeto:

O contrato de concessão, mais que um típico contrato público de obra segundo uma determinada modalidade, se caracteriza por ser um negócio financeiro. O colaborador da Administração na provisão de bens públicos destina recursos próprios (equity) ou por ele gestados (dívida) à construção da obra e à sua exploração. O Estado se obriga a executar as prestações que permitem ao privado recuperar seu investimento (cessão de pedágio, por exemplo). A vantagem econômica que o concessionário persegue com a celebração deste contrato não surge do preço pactuado, como no contrato de obra, mas sim do rendimento dos recursos investidos para cumprir o objeto contratual.<sup>46</sup>

Esse aspecto da realidade econômico-financeira dos contratos de concessão já foi ressaltado, em sede institucional, pelo Conselho de Estado da Colômbia, órgão de última instância da jurisdição administrativa daquele país, que assim se pronunciou:

O contrato de concessão é para o contratado, mais do que a realização de uma obra, um negócio financeiro, uma vez que sua finalidade é a de recuperar o capital investido por aqueles que financiaram o projeto, pois para estes o importante é a recuperação do mesmo acrescido dos rendimentos correspondentes.<sup>47</sup>

Naturalmente, não se ignora que em um contrato de concessão há inúmeras atividades a cargo do parceiro privado, relacionadas à própria implantação da infraestrutura e à exploração do correspondente serviço público, de maneira que não se pretende defender

46 PEÑA, Santiago Fajardo. Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, n. 22, p. 61-96, 2019, p. 62-63, tradução nossa. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradmr/article/view/6035>. Acesso em: 7 dez. 2021.

47 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de febrero de 2006, Rad. 1674, *apud* PEÑA, op. cit., p. 67, tradução nossa.

a equivalência de um contrato de concessão à mera aplicação de recursos no mercado financeiro.

Busca-se, apenas, ressaltar o fato de que, assim como qualquer outra atividade empresarial, a atividade desenvolvida pelo parceiro privado é inserida no contexto de aporte de recursos no desenvolvimento da atividade eleita, perseguindo-se o almejado lucro proporcionado pela empreitada. Assim como os investidores em uma sociedade empresária aportam recursos na empresa com o objetivo de obter a correspondente rentabilidade, e não de meramente participar da produção dos bens ou serviços que qualificam a atividade dessa empresa, o parceiro privado de um contrato de concessão comparece à licitação e oferece sua proposta com o objetivo de obter a rentabilidade almejada pelos recursos que precisará investir no projeto, e não com o foco exclusivo de participar da prestação de um serviço público, por mais meritória que seja tal atividade.

Diante dessa premissa, e da ausência de qualquer disciplina contratual quanto à metodologia adequada para o cálculo da indenização devida à Concessionária em decorrência da resilição unilateral do contrato quando ainda não superada sua Etapa Preliminar, o cálculo da indenização deve ser pautado, necessariamente, por metodologia que alcance resultados razoáveis sob o ponto de vista econômico e financeiro, reparando todos os danos efetivamente suportados pela Concessionária em razão da extinção antecipada da concessão, inclusive a frustração de sua expectativa de rentabilidade ao longo do período em que permaneceu com capital aportado ao projeto, mas sem lhe conferir, com o pagamento da indenização, rentabilidade que sequer seria alcançada pelo próprio desenvolvimento do projeto.

Vale ressaltar, neste ponto, que a garantia legal e contratual à indenização por extinção antecipada do contrato, quando inexistir culpa da Concessionária no evento que conduzir à extinção, cumpre a função de proteção ao investimento realizado pela Concessionária.

Assim, inexistindo metodologia contratualmente disciplinada, deve ser adotada aquela que proporcione, da maneira mais precisa possível, uma efetiva reparação do dano suportado pela Concessionária, dano este que pode ser mensurado em função da frustração, pela Concessionária, de sua expectativa de, com o decorrer do prazo da concessão e

a consequente percepção das receitas esperadas com o empreendimento, ter restituído o capital aportado ao projeto, devidamente remunerado ao longo do tempo em que permaneceu vinculado à concessão.

Não se pretende, neste trabalho, ingressar em uma análise sobre as metodologias mais adequadas para o cumprimento dessa finalidade, até mesmo pela natureza mais propriamente econômica do que jurídica da matéria.

Apenas se busca salientar que, qualquer que seja a metodologia adotada – e, note-se, existem diversas metodologias amplamente empregadas em âmbito internacional, que certamente podem ser consideradas enquanto parâmetros do que se tenha por melhores práticas no setor<sup>48</sup> –, esta deve ser julgada em função de sua capacidade de proporcionar, com o valor da indenização, a restituição à Concessionária da totalidade do capital empregado à concessão, que não tenha sido ainda amortizado pelas receitas proporcionadas pelo projeto, acrescida de remuneração compatível com o custo de oportunidade desse capital<sup>49</sup>, ao longo do tempo em que permaneceu imobilizado para o projeto.

## 6. CONCLUSÃO

Analizados os aspectos fáticos e jurídicos relacionados à extinção antecipada do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, constatou-se que a modelagem adotada previa a existência de uma Etapa Preliminar, com natureza de condição suspensiva à plena eficácia do Contrato e ao início da vigência da Concessão, na medida em que, antes da conclusão dessa etapa, a Concessionária não estava obrigada ao cumprimento de nenhuma das vultosas obrigações previstas na Fase I, consistentes na execução de obras civis, aquisição de sistemas e material rodante, implementação de desapropriações, ocupações

48 Cite-se, como exemplo, o contrato padrão do programa de parcerias inglês – *Private Finance 2 (PF2)* –, disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/207383/infrastructure\\_standardisation\\_of\\_contracts\\_051212.PDF](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF). Acesso em: 26 jul. 2022.

49 Representado pela Taxa Interna de Retorno estabelecida na modelagem econômico-financeira do projeto.

temporárias e servidões administrativas de imóveis privados, e de imissão na posse de todos os imóveis públicos e privados necessários à implementação do projeto.

Muito embora o Contrato, em sua redação original, não tenha expressamente aludido à figura da condição, a conclusão de que a Etapa Preliminar possuía tal natureza era subentendida e decorria da natureza das obrigações que deviam ser adimplidas nessa etapa, especialmente a estruturação financeira do Poder Concedente, necessária para realização dos aportes, o que veio, posteriormente, a ser expressamente reconhecido no Termo Aditivo nº 03. Ademais, como evidenciado, era a prorrogação do prazo para conclusão da Etapa Preliminar que possuía natureza excepcional, sempre dependente do consenso das partes, pois a consequência natural do advento do prazo, sem cumprimento das obrigações, seria o encerramento do Contrato. Tendo sido admitida, por consenso, a prorrogação do prazo da Etapa Preliminar, o que sempre se materializou por meio da celebração de diversos termos aditivos, estava evidentemente implícita a possibilidade de, em algum momento, não ser alcançado o mesmo consenso, a juízo de qualquer uma das partes, insindicável pela outra.

Demonstrou-se, ainda, que a impossibilidade do Poder Concedente em realizar a estruturação financeira, fato determinante para a impossibilidade de continuidade do projeto, não decorreu de mero arbítrio, haja vista que sempre houve necessidade de avaliação por agentes externos – privados e da Administração Pública Federal –, a respeito da situação macroeconômica do país e da capacidade de endividamento do estado de São Paulo. Tal circunstância, como evidenciado no texto, afasta da condição representada pela Etapa Preliminar a pecha de puramente potestativa, o que a tornaria ilegal.

O encerramento antecipado do Contrato era inevitável, uma vez que não havia perspectiva de obtenção de financiamento para realização dos aportes. Nesse cenário, cotejou-se a situação fática com as hipóteses legais e contratuais de extinção do Contrato, para concluir, de modo inafastável, que não era possível o enquadramento em nenhuma de tais hipóteses, o que atraiu a aplicação do art. 473 do Código Civil, que trata da resilição unilateral, implicitamente admitida pelas partes, em decorrência da modelagem contratual.

Conquanto se trate de direito potestativo, que não admite contestação pela parte contrária, a resilição impõe ao denunciante o dever de suportar as consequências financeiras da extinção antecipada, as quais, no caso, são aquelas previstas no art. 36 da Lei nº 8.987/95, observando-se, diante da ausência de disciplina contratual acerca da metodologia para o cálculo dessa indenização, a necessidade de adoção de alguma capaz de proporcionar, com o valor da indenização, a restituição à Concessionária da totalidade do capital empregado à concessão, que não tenha sido ainda amortizado pelas receitas proporcionadas pelo projeto, acrescida de remuneração compatível com o custo de oportunidade desse capital, ao longo do tempo em que permaneceu imobilizado para o projeto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVARES, Walter Tolentino. *Direito da energia*. Belo Horizonte: Instituto de Direito da Eletricidade, 1974. v. 3.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. *Código civil e normas correlatas*. 5. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.
- BRASIL. Lei n. 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. 8269, 22 jun. 1993.
- BROSSARD, Paulo. *Resgate ou encampação*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 409-417, 1950.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- LIMA, Ruy Cirne. *Concessão de serviço público – encampação – desapropriação*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 74, p. 372-377, 1963.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3.

LUPION, Ricardo; DUARTE, Victória Albertão. Contratos empresariais: a resilição unilateral e a recuperação dos investimentos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 1, p. 1.935-1.976, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de eficácia**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PEÑA, Santiago Fajardo. Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, n. 22, p. 61-96, 2019. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6035>. Acesso em: 7 dez. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

SÃO PAULO. Contrato: PPP da Linha 18 Bronze (monotrilho) do Metrô. **Diário Oficial Estado de São Paulo**: poder legislativo, São Paulo, p. 16, 29 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Contrato de concessão patrocinada n. 011/2014: linha 18-bronze**. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2014.

SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda. Secretaria dos Transportes Metropolitanos. **Ofício n. 358/2017-GS-ACR**. São Paulo: Secretaria da Fazenda, 2017.

SÃO PAULO. **Termo aditivo n. 02 ao Contrato de Concessão patrocinada n. 11; 2014**. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2016a.

SÃO PAULO. **Termo aditivo n. 03 ao Contrato de Concessão patrocinada n. 011; 2014**. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2016b.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

# O REGIME DE BENS APLICÁVEL AOS ANIMAIS NA CONCESSÃO DO ZOOLÓGICO DE SÃO PAULO

Pedro Monnerat Heidenfelder<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Considerações preliminares sobre a titularidade dos animais; 3 – Os animais considerados em seu conjunto: regras de composição do plantel; 3.1 – Critério de espécies ameaçadas; 3.2 – Critério de espécies nativas; 3.3 – Critério quantitativo das espécies; 3.4 – Representatividade das diversas classes de animais; 3.5 – Vedações de manejo puramente expositivo; 3.6 – Exceções ao computo das regras de composição; 4 – Regras específicas de reversão; 4.1 – Opção sobre a reversibilidade de novas espécies; 4.2 – Limitações no último ciclo contratual; 5 – Os animais considerados individualmente: regras de proteção de bem-estar; 6 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O artigo apresenta um estudo de caso do regime de bens aplicável aos animais na concessão de uso de bem público do Zoológico de São Paulo. A partir da análise prática das regras contratuais, busca-se demonstrar que, no campo das concessões, a modelagem jurídica deve ser construída considerando as particularidades de cada objeto contratual específico e não pode prescindir de um diálogo bastante próximo com a equipe técnica, o que significa também que não é possível a construção de soluções abstratas que se apliquem a todos os setores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Concessão. Concessão de uso de bem público. Contrato. Regime de bens. Bens reversíveis. Reversão. Animais. Plantel. Zoológico.

---

<sup>1</sup> Procurador do estado de São Paulo. Graduado pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

## 1. INTRODUÇÃO

A regulação do regime de bens das concessões, e de sua reversão ao final dela, é um dos campos contratuais por excelência, uma vez que a multiplicidade dos objetos contratuais possíveis – e, portanto, dos bens atrelados ao serviço ou ao bem imóvel concedido – demandam uma disciplina que deve ser construída caso a caso, sobretudo em setores em que não há um marco legal específico.

Contudo, no campo das tradicionais concessões de serviços públicos, nos setores de infraestrutura e serviços essenciais, por exemplo, o desenho da modelagem contratual do regime de bens geralmente se beneficia da reduzida liberdade na forma de exploração do objeto do contrato. Afinal, uma concessionária de rodovia não pode simplesmente optar por converter o serviço em uma ferrovia, caso entenda que isso seria mais eficiente. Tal segurança permite que a regulação do tema seja centrada no objetivo de reversão dos mesmos ativos repassados à Concessionária, ou de sua substituição por outros bens cuja equivalência é aferida apenas por critérios de qualidade e quantidade.

Por outro lado, nas concessões de uso de bens públicos, normalmente não atrelados à prestação de típicos serviços públicos, é possível e usual conferir à Concessionária uma liberdade muito maior na definição dos meios de exploração eficiente do bem concedido. Porém, tal liberdade não afasta, em regra, a reversão dos bens ao final da concessão. Nesse contexto, não se torna mais possível regular a reversão simplesmente como a devolução dos mesmos ativos ou de bens equivalentes, já que isso significaria acabar com a liberdade que está na premissa da concessão.

Em tais contratos de concessão de uso de bem público, portanto, o desafio que se apresenta é o de construir uma regulação de bens que gere segurança na proteção do patrimônio público que irá retornar ao estado e que simultaneamente preserve a capacidade da Concessionária de construir soluções criativas para a exploração do bem concedido, nos limites contratuais e legais.

A partir dessa necessidade de construir soluções originais no caso concreto, o presente artigo busca apresentar um estudo de caso da experiência recente na concessão de uso de bem público do Zoológico

de São Paulo<sup>2</sup> (zoológico), em que foi necessário construir<sup>3</sup> um regime complexo para a regulação dos animais, enquanto bens da concessão.

Nesse caso, seguindo decisões de política pública setorial, a relativa liberdade contratual de definição do modelo de zoológico que viria a ser adotado pela Concessionária precisou ser compatibilizada com a agenda de conservação de espécies ameaçadas e de educação ambiental.

Além disso, um dado fundamental também balizou a construção do regime de bens dos animais: a sua condição de seres vivos, cujo tempo de vida é incerto e cuja substituição é por vezes impossível. Assim, os animais precisaram ser considerados tanto em seu conjunto, como um plantel, com critérios próprios para garantir sua relevância ambiental e expositiva, e como indivíduos, com salvaguardas específicas de seu bem-estar.

Portanto, com o estudo desse caso, espera-se não apenas oferecer subsídios para projetos semelhantes, mas também para projetos com características distintas, mas que demandem soluções originais para a gestão de bens, como um exemplo prático de que as soluções devem ser construídas diante das particularidades do objeto contratual e não podem ser extraídas a partir de um modelo jurídico pré-concebido.

Nesse sentido, adota-se uma linha teórica na direção proposta por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, ao tratarem das diferentes perspectivas jurídicas possíveis no tema da reversão de bens nas concessões: “Trata-se de mais uma iniciativa para demonstrar o equívoco metodológico em se assumir a premissa de que os temas de direito administrativo, especialmente os relacionados aos contratos públicos, estariam sujeitos a um plexo uniforme de princípios”<sup>4</sup>.

2 A concessão de uso incluiu, além do Zoológico de São Paulo, o Jardim Botânico de São Paulo e uma fazenda situada no município de Araçoiaba da Serra, que era usada para produção de alimentos para os animais do zoológico. Os documentos da licitação, incluindo as minutas de contrato e anexos, estão disponíveis em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/147>. Acesso em: 28 jul. 2022.

3 Não poderia deixar de mencionar e agradecer aos colegas da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo que também trabalharam no projeto: Caio Cesar Guzzardi da Silva, Daniel Smolentzov, Fabricio Contato Lopes Resende e Thiago Mesquita Nunes.

4 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 61, n. 2, p. 149-174, 2016, p. 150.

Na mesma linha, os referidos autores citam ainda Egon Bockmann Moreira, reiterando a impossibilidade de soluções universais no tema das concessões, cujas normas devem sempre se adaptar às particularidades do seu objeto:

Esta diversidade substancial [dos serviços públicos objeto de concessão] reclama diplomas com fundamento fático-normativo coerente com as peculiaridades de cada um dos setores econômicos que abrigam os serviços concedidos (e/ou permitidos). Não só a natureza das normas gerais, mas igualmente a especialização setorial proíbe soluções-padrão universais.<sup>5</sup>

É dentro dessa perspectiva teórica, somada a uma ênfase na necessidade de diálogo próximo com a equipe técnica, que será analisada a solução construída na concessão do zoológico para a gestão dos animais durante a concessão e para sua adequada reversão ao final dela.

## **2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A TITULARIDADE DOS ANIMAIS**

Para fins da modelagem contratual, os animais foram inseridos dentro do conceito de “ativos biológicos”, definido pelo contrato como correspondendo “ao plantel a ser manejado no ZOOLÓGICO e/ou na FAZENDA, assim como às coleções vivas do JARDIM BOTÂNICO, da ÁREA DA CONCESSÃO e nas edificações sob sua responsabilidade”<sup>6</sup>, que se desdobram, respectivamente, em “ativos biológicos de fauna”, cuja regulação é o objeto do presente artigo, e “ativos biológicos de flora”.

Deve-se destacar que tais conceitos não têm o objetivo de adotar uma perspectiva jurídica reducionista da fauna. De fato, o contrato e, sobretudo, os anexos técnicos, foram dotados de extensa disciplina para proteger o bem-estar animal, cuja tutela, além de decorrer de exigência específica da Lei estadual nº 17.107/2019, que autorizou a concessão do Zoológico, encontra também fundamento constitucional (Constituição

---

5 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

6 SÃO PAULO. *Contrato de concessão n. 02/2021*. São Paulo: Secretaria de Estado de Infraestrutura e Meio Ambiente, 2021, p. 3.

Federal, art. 225, inciso VII, e Constituição do estado de São Paulo, art. 193, inciso X). Com efeito, o contrato e seus anexos possuem uma disciplina adequada para tutelar a fauna, tanto sob a perspectiva do patrimônio, quanto de seu status enquanto seres vivos.

Do ponto de vista do patrimônio, cabe registrar que o conceito escolhido de “ativo” teve como objetivo abarcar as diferentes relações jurídicas que qualificam a fauna como parte do patrimônio que compõe a concessão.

Sobretudo no tocante aos animais da fauna silvestre nativa que compõem o plantel do Zoológico, a relação que legitima sua exposição no empreendimento é uma relação de posse e guarda, fundamentada em uma Autorização de Uso e Manejo, emitida pelo órgão ambiental responsável. Com efeito, a fauna silvestre é tida, por força legal, como propriedade do estado, com base no artigo 1º da Lei federal nº 5.197/1967, que é expressamente indicado na Lei federal que estabelece normas gerais para os jardins zoológicos, ressalvando a titularidade da “fauna indígena” ao estado, mesmo diante do reconhecimento oficial de um zoológico (Lei federal nº 7.173/1983, art. 3º).

Portanto, ainda que seja possível a configuração de propriedade em relação a animais da fauna exótica, o conceito de “ativo” é o mais adequado justamente por ser capaz de abarcar ambas as situações e, desse modo, tutelar todo o patrimônio biológico abarcado na concessão.

### **3. OS ANIMAIS CONSIDERADOS EM SEU CONJUNTO: REGRAS DE COMPOSIÇÃO DO PLANTEL**

A partir do diálogo com a equipe técnica da Fundação Parque Zoológico de São Paulo (Fundação Zoológico) e da Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente (Sima), além da equipe técnica da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe), identificou-se que um dos elementos cruciais da concessão seria a garantia da relevância do plantel, que é o conjunto dos animais do empreendimento, tanto durante a concessão, quanto na reversão ao final dela.

A construção do conceito de relevância, que viria a ser consolidado nas regras contratuais de composição do plantel, tomou como base os pontos de vista técnico e das políticas públicas setoriais, além das

contribuições recebidas nas fases de consulta e audiência pública, cujo norte foi o papel contemporâneo dos zoológicos como espaços de educação ambiental, de pesquisa e de preservação de espécies ameaçadas.

Nessa linha, os principais critérios concretos de relevância identificados foram as quantidades mínimas de espécies ameaçadas e de espécies nativas, além da própria quantidade de espécies como um todo, buscando garantir a representatividade das diversas classes de animais e uma variedade mínima de espécies.

Além disso, em relação às espécies exóticas, ou seja, aquelas que não pertencem à fauna nativa brasileira, estabeleceu-se uma restrição específica, de que elas deverão obrigatoriamente estar vinculadas a programas internacionais de conservação, vedando-se, portanto, o manejo com finalidade puramente expositiva.

Por outro lado, tais critérios precisavam ser compatibilizados com outros fatores operacionais, tais como: as flutuações naturais decorrentes da imprevisibilidade do tempo de vida de cada animal, a dificuldade de substituição imediata dos animais falecidos, as variações decorrentes de opções justificáveis da Concessionária no manejo do plantel, variações decorrentes de ordem judicial ou de órgãos ambientais e outros casos excepcionais que fujam ao controle da Concessionária.

Por fim, a construção do modelo precisou levar em conta que as regras criadas deveriam ser capazes de se manter relevantes durante todo o período de 30 anos da concessão, acompanhando a evolução da política ambiental e de preservação.

Para atender a essas diversas demandas, muitas vezes concorrentes, optou-se por construir um modelo mais procedural e focado no estabelecimento de metas, em detrimento da simples indicação analítica de quais espécies deveriam constar do plantel, permitindo a sua adaptabilidade ao longo do tempo, mas sem renunciar ao direcionamento finalístico baseado nas políticas públicas do setor.

Assim, foram criados dois documentos estratégicos para pautar as decisões de manejo e composição do plantel, que deverão ser elaborados pela Concessionária: o Plano de População Institucional (PPI) e o Plano de Ação sobre o Plantel (PAP). Tais documentos deverão passar pelo crivo do Concedente e ser revisados no mínimo a cada cinco anos, além de

tomar como referência técnica o PPI e o Programa de Conservação Integrada da Fundação Zoológico, que era responsável pelo manejo antes da concessão.

Como condicionantes tanto do PPI, quanto do PAP da Concessionária, foram estabelecidas restrições e metas de composição do plantel ao longo da concessão, cujos detalhes serão apresentados na sequência, e que devem ser observadas de forma simultânea pela Concessionária.

Em linhas gerais, o modelo pautou-se na obrigação de observância de percentuais mínimos – com metas de aprimoramento – de espécies nativas e ameaçadas, além da fixação de um percentual máximo de redução das espécies do plantel, caso essa seja a opção da Concessionária. Além disso, para viabilizar o enfrentamento dos desafios e criar uma margem de gestão no dia a dia, foram fixadas regras para situações excepcionais, que justificam o afastamento pontual do cômputo das regras de composição do plantel, e foi estabelecida uma margem de variação de até cinco pontos percentuais, desde que haja justificativa com base no PPI e no PAP.

### **3.1. Critério de espécies ameaçadas**

Uma das regras que deve ser observada na composição do plantel é o percentual de espécies ameaçadas dentre aquelas que o compõem. Para tanto, tomou-se como base o percentual de espécies ameaçadas no plantel inicialmente transferido para a Concessionária, de 32%, e estabeleceu-se a meta de ao menos 50% de espécies ameaçadas no plantel da Concessionária, ao final da concessão.

Um primeiro desafio foi garantir a capacidade da regra de se adaptar às mudanças constantes nas listas de espécies ameaçadas, sobretudo no período de 30 anos. Para tanto, a equipe técnica selecionou um rol de listas, periodicamente atualizadas, que poderão ser consideradas para qualificação da espécie como ameaçada, e que passaram a integrar a disciplina contratual (Anexo III – Caderno de Encargos):

1. IUCN Red List Of Threatned Species, ou suas atualizações subsequentes em vigor;

2. lista oficial de espécies ameaçadas do Brasil, conforme as Portarias nº 444 e 445 do Ministério do Meio Ambiente ou em suas atualizações subsequentes;
3. lista estadual emitida pelo Decreto Estadual nº 63.853, de 27 de novembro de 2018, ou em suas atualizações subsequentes;
4. programas de conservação reconhecidos pelos órgãos ambientais competentes, que possuam ações de manejo sob cuidados humanos e suas respectivas recomendações.<sup>7</sup>

Outro desafio, compartilhado por todas as regras definidas em termos de metas percentuais, foi a previsão de um regime de transição que, por um lado, garantisse que a Concessionária não deixaria para cumprir a meta apenas na véspera da reversão, deixando a operação durante todo o prazo da concessão aquém das metas estabelecidas, e, por outro lado, não criasse uma obrigação impossível de cumprir, exigindo uma mudança no plantel imediata que não teria como ser executada na prática.

A solução foi o estabelecimento de uma graduação mínima de cumprimento percentual a cada ciclo contratual de cinco anos, com a possibilidade de compensação no período seguinte em caso de cumprimento superior ao exigido no período anterior.

### **3.2. Critério de espécies nativas**

A segunda regra que deve ser observada na composição do plantel é o percentual de espécies nativas dentre aquelas que compõem o plantel. Para tanto, tomou-se também como base o percentual de espécies nativas no plantel inicialmente transferido para a Concessionária, de 68%, e estabeleceu-se a meta de ao menos 80% de espécies nativas ao final da concessão.

Para fins de garantia da exequibilidade e do aumento gradativo do percentual, como já abordado, estabeleceu-se também uma graduação mínima de cumprimento percentual a cada ciclo contratual de cinco anos, com a possibilidade de compensação no período seguinte em caso de cumprimento superior ao exigido no período anterior.

---

<sup>7</sup> SÃO PAULO. Anexo III: caderno de encargos. São Paulo: Secretaria de Estado de Infraestrutura e Meio Ambiente, 2021, p. 61.

### **3.3. Critério quantitativo das espécies**

Durante as discussões da modelagem técnica, um dos pontos relevantes identificados foi a necessidade de criar uma regulação para o caso de a Concessionária optar por reduzir o número de espécies do plantel, já que essa poderia ser uma opção legítima de gestão, sobretudo diante de eventuais mudanças de perfil de visitação que podem vir a ocorrer durante o prazo da concessão ou de opções expositivas que venham a priorizar o uso de recintos mais amplos para os animais, inviabilizando, como consequência, a manutenção do mesmo número de espécies na área da concessão.

Portanto, foi estabelecido pela equipe técnica um limite mínimo de 60% do número de espécies constantes do plantel original, ressaltando que tal limite não exige que as espécies sejam as mesmas, mas apenas estabelece um limite quantitativo, que deve ser respeitado simultaneamente com as demais regras de composição das espécies do plantel.

Como nas demais regras, também se adotou um limite de redução máxima, em pontos percentuais, a cada ciclo contratual, com a particularidade de que o percentual mínimo, no caso da quantidade de espécies, pode ser atingido já no final do terceiro ciclo contratual quinquenal.

### **3.4. Representatividade das diversas classes de animais**

Para garantir a diversidade dos animais do plantel, cuja relevância foi apontada para fins de educação ambiental, preservação e pesquisa, estabeleceu-se que o plantel deverá conter representantes, no mínimo, das classes de animais vertebrados de répteis, aves, mamíferos e anfíbios, além de representante(s) do grupo dos invertebrados. Registrou-se, ainda, a possibilidade de a Concessionária incluir representantes da classe dos “peixes”, desde que obtenha as autorizações pertinentes e ofereça a estrutura adequada para o manejo.

### **3.5. Vedação de manejo puramente expositivo**

Outro ponto identificado pela equipe técnica como fundamental para a garantia do papel contemporâneo do Zoológico diante das políticas públicas setoriais foi a vedação de manejo puramente expositivo,

ou seja, exige-se que qualquer espécie que se deseje incluir no plantel tenha uma justificativa mais ampla do que a simples atração de público, e que deverá estar em consonância com o PPI e o PAP da Concessionária.

Em relação às espécies exóticas, estabeleceu-se um requisito adicional, como forma de coibir práticas puramente comerciais que coloquem em risco a preservação das espécies em suas terras nativas, que consiste na exigência de que as espécies exóticas incluídas no plantel estejam obrigatoriamente enquadradas em programas internacionais de conservação.

### **3.6. Exceções ao computo das regras de composição**

Por fim, a partir das experiências compartilhadas pela equipe técnica, constatou-se que a composição do plantel nem sempre está integralmente sob controle do seu responsável, portanto, foi necessário prever algumas situações em que a Concessionária não seria penalizada pelo descumprimento das regras de composição do plantel.

A primeira exceção decorre do cumprimento de ordens judiciais ou de órgãos ambientais competentes que determinem a guarda e manejo de animais de espécies exóticas. Tais decisões podem ter diversas motivações, cuja investigação não cabe no presente artigo, alheias a qualquer atuação da Concessionária, e entendeu-se que, como o manejo da espécie não foi decisão da Concessionária, não seria razoável considerá-la nas limitações de composição do plantel.

A segunda exceção diz respeito aos animais de eventual empreendimento de uso e manejo de fauna que venha a ser instalado na Fazenda. Aqui, cabe uma breve digressão para contextualizar essa regra. Como já indicado em nota de rodapé, o objeto da concessão abrangeu não apenas o Zoológico, mas também o Jardim Botânico de São Paulo e um imóvel situado no município de Araçoiaba da Serra, identificado como a “Fazenda”. A exploração desse último imóvel está sujeita a certo grau de liberdade, desde que suas atividades sejam majoritariamente complementares ou de apoio ao Zoológico ou ao Jardim Botânico, ou, ainda, envolvam empreendimento de uso e manejo de fauna. Nesse contexto, entendeu-se que, caso a opção da Concessionária seja pela criação de um novo empreendimento de uso

e manejo de fauna, os animais do seu plantel não deveriam ser considerados no cômputo das regras de composição do plantel do Zoológico, justamente por se tratar de um novo empreendimento.

Por fim, considerando que existem diversas situações não passíveis de previsão que podem vir a alterar a composição do plantel e também a dificuldade prática de substituição de determinados animais, cuja disponibilidade depende de diversos fatores não controláveis pela Concessionária, estabeleceu-se uma regra geral de que, nos casos em que o descumprimento das regras de composição do plantel decorra de fatores alheios à vontade da Concessionária, ela terá o prazo de três anos para reestabelecer os percentuais exigidos contratualmente.

## **4. REGRAS ESPECÍFICAS DE REVERSÃO**

### **4.1. Opção sobre a reversibilidade de novas espécies**

A partir da constatação técnica de que o manejo de algumas espécies poderia gerar um elevado custo operacional – com complexos sistemas de climatização, por exemplo – que não justificaria a continuidade do seu manejo pelo Concedente após o final da concessão, mas sem querer limitar as decisões de gestão da Concessionária no período de 30 anos, que poderiam legitimamente incluir o manejo de animais com tais exigências, optou-se pela construção de uma regra especial para condicionar a reversão dos animais de novas espécies introduzidas no plantel.

A regra construída para mediar tais interesses determinou que a Concessionária deve comunicar ao Concedente sobre qualquer acréscimo de espécie ao plantel para que este se manifeste sobre o interesse na sua reversibilidade ao final do contrato. Caso o Concedente se manifeste pela não reversão, a Concessionária poderá ainda assim manter a espécie no plantel, mas deverá garantir sua destinação adequada ao término da concessão, assim como deverá realizar a desmobilização de todos os ativos de infraestrutura associados ao seu manejo.

### **4.2. Limitações no último ciclo contratual**

Com o intuito de proteger a composição do plantel para sua adequada reversão, evitando-se o esvaziamento de sua relevância no final

da concessão, estabeleceu-se uma exigência específica de anuência prévia do Concedente para qualquer admissão ou remoção de espécies e indivíduos que se pretenda fazer nos últimos cinco anos da concessão.

A importância dessa regra decorre do fato de que, como as regras de composição do plantel foram fixadas em percentuais que consideram o conjunto das espécies, poderia haver o esvaziamento de algumas espécies consideradas individualmente significativas para a reversão. Assim, a exigência de anuência prévia no último ciclo contratual quinquenal afasta a possibilidade de esvaziamento do plantel também no nível das espécies individualmente consideradas.

## **5. OS ANIMAIS CONSIDERADOS INDIVIDUALMENTE: REGRAS DE PROTEÇÃO DE BEM-ESTAR**

Após a análise dos aspectos mais tradicionalmente associados ao campo do regime de bens das concessões – aplicados aos animais do plantel do Zoológico – que são aqueles associados à: composição, manutenção, atualização e reversão dos bens atrelados ao serviço ou ao bem imóvel concedido, e que constituem o objeto do presente artigo, cabe citar brevemente, a título de exemplo, outras regras contratuais voltadas para a proteção do bem-estar dos animais que, em uma acepção mais ampla, também poderiam ser considerados como parte integrante do regime de bens da concessão.

No tocante aos animais e à garantia do seu bem-estar, o contrato e seus anexos trazem uma disciplina bastante abrangente que envolve, apenas para citar alguns, temas como parâmetros de nutrição, saúde preventiva e curativa, planejamento de cuidados durante as intervenções de infraestrutura, exigências de treinamento para tratadores e de responsável técnico, indicador de desempenho de bem-estar animal, sanções específicas para maus-tratos, obrigação de obtenção de acreditação em bem-estar animal por instituição independente, entre outros.

Com efeito, a consideração mais ampla das regras que dizem respeito aos bens da concessão sugere que o regime de bens muitas vezes se confunde com o próprio núcleo da regulação técnico-operacional do objeto contratual, o que, aliás, é uma decorrência natural do fato de que a exploração de um serviço ou de um bem imóvel concedido quase

sempre depende da exploração de determinados bens atrelados ao objeto da concessão. De fato, regular a prestação de um serviço ou a exploração de um empreendimento em um imóvel inevitavelmente envolve a regulação da forma de uso dos bens atrelados a eles, o que acaba tendo repercussão em grande parte da disciplina contratual, desde os cadernos técnicos, até os cadernos de penalidades e indicadores de desempenho.

## 6. CONCLUSÃO

A análise do regime de bens aplicável aos animais, na concessão de uso do Zoológico de São Paulo, demonstra que, no campo das concessões, a modelagem jurídica deve ser construída considerando as particularidades de cada objeto específico e não pode prescindir de um diálogo bastante próximo com a equipe técnica. Com efeito, quanto mais se aproxima do núcleo do objeto contratual, menos claras ficam as fronteiras entre os campos técnico e jurídico, e a construção das soluções passa a depender de um trabalho em equipe com os diversos setores envolvidos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SÃO PAULO. *Anexo III: caderno de encargos*. São Paulo: Secretaria de Estado de Infraestrutura e Meio Ambiente, 2021.
- SÃO PAULO. *Contrato de concessão n. 02/2021*. São Paulo: Secretaria de Estado de Infraestrutura e Meio Ambiente, 2021.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 61, n. 2, p. 149-174, 2016.

# REPOSICIONANDO O ESTADO DE SÃO PAULO EM RELAÇÃO ÀS ATIVIDADES DE ENTREPOSTAGEM E ABASTECIMENTO DE ALIMENTOS: DA EXECUÇÃO DIRETA À REGULAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE GARGALOS LOGÍSTICOS ENFRENTADOS PELA INICIATIVA PRIVADA

Thamy Kawai Marcos<sup>1</sup>

Caio César Alves Ferreira Ramos<sup>2</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Histórico da participação estatal nas atividades de entrepostagem e abastecimento de alimentos no âmbito do estado de São Paulo; 3 – Repensando a função e a atuação do estado de São Paulo em relação às atividades de abastecimento de alimentos;

- 
- 1 Procuradora do estado de São Paulo. LLM junto à Ludwig-Maximilians Universität (LMU), Munique. Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPG). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).
  - 2 Procurador do estado de São Paulo, em atuação no âmbito da Consultoria Jurídica da Secretaria Estadual de Logística e Transportes. Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), especialista em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Law) e bacharel em Direito pela UERJ.

4 – O tratamento jurídico aos gargalos logísticos à implantação e exploração de entrepostos de abastecimento alimentar por particulares; 5 – A disciplina estadual para autorizações de acesso de terrenos lindeiros às taxas de domínio em rodovias classe zero; 6 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar a alteração da forma de participação do estado de São Paulo nas atividades de entrepostagem e abastecimento de alimentos, bem como o tratamento jurídico conferido às autorizações de acesso às rodovias estaduais classe zero com vistas à superação dos gargalos logísticos verificados em tais atividades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Abastecimento alimentar. Logística. Regulação. Rodovias. Autorizações.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Com vistas a adequar a forma de atuação estatal em relação às atividades de abastecimento alimentar, abarcando tanto as transformações operadas no mercado quanto as transformações urbanísticas e tecnológicas associadas a essas atividades, o estado de São Paulo recentemente estudou novos caminhos e novas possibilidades para o adequado tratamento a ser dispensado ao tema.

Nessa senda, ouvidos os atores que constantemente lidam com tais matérias, verificou-se que o agir estatal poderia se dar de forma indireta, organizando as atividades envolvidas com o abastecimento alimentar para que os privados pudessem, a seu turno, executá-las diretamente a contento.

Para tanto, mostrou-se necessário realizar avaliações jurídicas sobre temas ainda não explorados, voltados à solução de gargalos logísticos e sua compatibilização com a manutenção dos níveis de serviço das principais rodovias estaduais.

O presente trabalho busca compartilhar as experiências colhidas por ocasião do assessoramento jurídico prestado ao estado de São Paulo, esclarecendo-se inicialmente o histórico do tema, as informações fornecidas por meio das sondagens ao mercado e, por fim, as construções jurídicas que ampararam as decisões estatais

relacionadas às atividades de entrepostagem e abastecimento de alimentos em âmbito estadual.

## 2. HISTÓRICO DA PARTICIPAÇÃO ESTATAL NAS ATIVIDADES DE ENTREPOSTAGEM E ABASTECIMENTO DE ALIMENTOS NO ÂMBITO DO ESTADO DE SÃO PAULO

A participação estatal nas atividades de entrepostagem e abastecimento alimentar no âmbito do estado de São Paulo remonta, inicialmente, a um período em que o Poder Público estadual era diretamente responsável pela viabilização das estruturas pertinentes ao setor. Com efeito, na primeira parte do século XX, foi construído o Entreponto da Cantareira, tendo sido construído anos depois o Centro de Abastecimento de São Paulo S.A. (Ceasa). À época, a área encontrava-se afastada do centro da cidade, mas contava com condições logísticas favoráveis ao abastecimento alimentar da região da capital. Outrossim, atividades correlatas foram desenvolvidas pela Companhia de Armazéns Gerais do Estado de São Paulo (Cagesp).

Posteriormente, em 1969, por meio da fusão dessas duas empresas do estado de São Paulo (Ceasa e Cagesp), surgiu a Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp)<sup>3</sup>. Suas estruturas cresceram com o decorrer dos anos, com destaque para aquelas referentes ao Pavilhão Mercado Livre do Produtor, construído no Entreponto Terminal São Paulo (ETSP), na capital paulista, em 1977<sup>4</sup>.

Em 1997, a empresa foi federalizada, em decorrência da transferência, para a União, das ações de titularidade do estado de São Paulo, como parte da amortização extraordinária da dívida estadual no âmbito da Lei federal nº 9.497/1997. Atualmente, a Ceagesp<sup>5</sup> encontra-se vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa), sendo que o estado permanece na estrutura societária com qualidade de acionista minoritário.

3 CEAGESP. Histórico. Portal Ceagesp, São Paulo, [2020].

4 Ibidem.

5 No presente trabalho não serão abordadas as interfaces entre o Ceagesp e os entrepostos de abastecimento alimentar privados, por desbordar do escopo proposto pelo artigo.

A par das alterações jurídicas ocorridas, do ponto de vista fático, o crescimento demográfico da cidade transformou o entorno do ETSP, que passou a integrar o centro expandido da capital. Essa transformação ensejou a saturação do tráfego, que por seu turno passou a dificultar o transporte e a logística do abastecimento na região. Outrossim, a estrutura do entreposto não era compatível com as tecnologias desenvolvidas para a estocagem, armazenamento, resfriamento e outros processos relativos à conservação e comercialização de alimentos com segurança, qualidade e escala.

Diante dessas alterações das condições físicas do entorno e dos desenvolvimentos técnicos experimentados pelo setor de alimentos, cogitou o estado a instalação de um novo centro, em área conectada ao Rodoanel Mario Covas, por meio do qual (i) retirar-se-ia o trânsito pesado de caminhões das regiões centrais da metrópole, com apoio de tecnologias de transporte, bem como (ii) seriam identificadas rotas de distribuição dos alimentos, de modo a reduzir os custos de transporte, com correlata redução dos preços finais dos produtos e impacto, inclusive, na cadeia de comercialização de produtos orgânicos. A alternativa se mostrava vantajosa também do ponto de vista fitossanitário, pois haveria maior controle da proliferação de microrganismos e menor poluição ambiental.

Entretanto, a principal sensibilidade do referido projeto, àquela época, era relacionada à adequação entre a localização do novo entreposto de abastecimento e o volume de tráfego gerado pelas atividades de entrepostagem de alimentos<sup>6</sup>, preocupação que permaneceu nos momentos posteriores. O aspecto relacionado à localização do empreendimento correspondia a uma relevante dificuldade, porque as áreas técnicas do estado consideravam que as facilidades ofertadas por algumas das rodovias estaduais, em termos de logística para o abastecimento e distribuição de alimentos, encontrariam obstáculos pela inviabilidade de construção de novos acessos nas principais vias, classificadas como classe zero<sup>7</sup>.

6 O ETSP é a maior central de abastecimento de frutas, legumes, verduras, flores, pescados e diversos da América Latina. Por lá circulam diariamente cerca de 50 mil pessoas e 12 mil veículos, com volume anual de 3.400.000 (três milhões e quatrocentos mil) toneladas de alimentos comercializados e 283.000 (duzentos e oitenta e três mil) toneladas mensais. (CEAGESP. Capital – ETSP. Portal Ceagesp, São Paulo, [2021]).

7 Cujo conceito técnico será explicitado adiante.

Nesse contexto, a Secretaria de Agricultura e Abastecimento apresentou proposta de parceria por meio da plataforma digital de parcerias do estado de São Paulo, com a finalidade de promover a estruturação de um projeto de parceria, nos termos do Decreto estadual nº 61.371/2015. A proposta foi aprovada pelo Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatizações (CDPED) em 20 de julho de 2017 e, em 3 de outubro de 2017, foi publicado o edital referente ao procedimento de chamamento público nº 007/2017, tangente ao desenvolvimento de estudos necessários à estruturação do projeto de implantação, operação e manutenção de um novo entreposto.

Foram apresentados quatro estudos, sendo que três deles concentraram-se na proposta delimitada pelo chamamento referente à estruturação de concessão (de direito real de uso e de obra pública). Por outro lado, um dos estudos apresentou proposta de celebração de convênio entre o estado de São Paulo e um terceiro privado.

Não obstante a tentativa de obter, por meio dos estudos, elementos relevantes à estruturação do projeto, verificou-se a existência de alguns empecilhos para seu prosseguimento a contento. De fato, embora o chamamento indicasse a pretensão de realizar-se uma concessão de direito real de uso, ou de concessão de obra pública, tais hipóteses demandariam a existência de algum bem público, seja para oferecê-lo para o exercício do direito real de uso, seja para receber a construção da obra pública. E, de acordo com o entendimento das áreas técnicas, inexistia imóvel público apto à implantação do empreendimento, em vista das restrições logísticas mencionadas alhures. Diante dessa limitação, cada um dos interessados apresentou um terreno correspondente ao seu projeto, de posse ou propriedade particulares.

Ademais, o modelo então gestado apresentaria eventuais dificuldades relacionadas à competitividade, eis que, se o Estado não ofertasse o terreno para a implantação do empreendimento e apenas indicasse as características geográficas que o imóvel selecionado pelos privados deveria ostentar, possivelmente apenas poucos imóveis cumpririam tais requisitos e, consequentemente, apenas alguns competidores poderiam concorrer pelo projeto.

Outrossim, nessa senda, essas restrições poderiam gerar ao Estado dificuldades para seleção objetiva da proposta vencedora, uma vez que

possivelmente alguns participantes poderiam ofertar melhores projetos para o entreposto em local pouco adequado aos fins logísticos, ou, ao contrário, projetos de entrepostagem pouco adequados em terrenos logicamente adequados.

Por tais motivos, a alternativa para a implementação do novo entreposto passaria pela prévia escolha e desapropriação de um imóvel para que, em seguida, fosse licitada sua implementação por meio de concessão (de uso de bem público, ou de obra). Mesmo nessa hipótese, algumas dificuldades poderiam ser vislumbradas, tais como os custos e prazos envolvidos, a reversão do bem ao fim da concessão, bem como a inapropriada rigidez derivada do contrato de concessão a um tema que possivelmente não exigiria controles severos do estado, tampouco guardasse relação com riscos normalmente a ele alocados, tal como a garantia do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Ante tais ponderações, seria vislumbrável a percepção de que a atividade de entrepostagem guardaria características de atividades econômicas privadas, a despeito do interesse público atinente ao abastecimento alimentar, que poderiam ser adequadamente tratadas por outros mecanismos, tais como seu fomento por parte do estado.

Avançando, em 2019, foi realizada sondagem de mercado para aferição das percepções do mercado sobre tal projeto. Naquela oportunidade, os agentes sondados (participantes do setor de logística e abastecimento), em sua maioria, manifestaram-se pela execução das atividades de entrepostagem pelo setor privado, entendendo que o estado deveria se debruçar sobre três principais funções: a garantia ao acesso e à participação de pequenos produtores; acompanhamento (sem interferência) na definição dos preços; e imposição de condições sanitárias e higiênicas mínimas. Outrossim, alertou-se que a atividade de entrepostagem vem se modificando ao longo do tempo, especialmente por meio dos centros de abastecimento das grandes redes de supermercados.

Ademais, o modelo vigente fora criticado pelos sondados na medida em que os compradores não encontravam no entreposto existente diversidade de produtos, de modo que eram necessários outros arranjos de logística para atendimento da demanda, com correspondente aumento do custo. Seria pertinente, assim, que a estrutura física do futuro

entreposto fosse suficientemente dotada de recursos para manutenção de produtos facilmente perecíveis, tais como lácteos e outros produtos de origem animal. Outrossim, aventou-se, quanto à escala da atividade de entrepostagem, que a existência de múltiplos entrepostos menores, administrados por diferentes operadores em localizações estratégicas, seria possível – com o aviso, no entanto, de que a ausência de garantia mínima de fornecimento e de demanda poderia ser um óbice à longevidade dos entrepostos implantados sob essa modelagem pulverizada.

Sob a perspectiva da logística, foi asseverado que o acesso às rodovias classe zero seria fundamental para a viabilização do negócio, em virtude das vantagens logísticas dessas infraestruturas rodoviárias.

### **3. REPENSANDO A FUNÇÃO E A ATUAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO EM RELAÇÃO ÀS ATIVIDADES DE ABASTECIMENTO DE ALIMENTOS**

Em face de tais circunstâncias, a Secretaria de Agricultura e Abastecimento houve por bem rever as premissas do projeto inicial, tendo elencado os pontos fundantes do projeto em quatro pilares, quais sejam: segurança, eficiência, transparência e sustentabilidade. Sob o ponto de vista jurídico, foram analisados dois aspectos: (i) a possibilidade de que as atividades de entrepostagem e abastecimento de alimentos fossem realizadas exclusivamente pelo setor privado, com cotejo do relevo público de tais atividades, e (ii) a viabilidade jurídica para a obtenção de autorização de acesso às rodovias classe zero, em relação às implicações de logística geradas pela decisão estatal de mérito.

Quanto ao primeiro aspecto, observou a Nota Técnica nº 20/2019<sup>8</sup>, da Subprocuradoria da Área da Consultoria-Geral, que a Constituição Federal (art. 23, inciso VIII) e a Constituição do estado de São Paulo (art. 189) dispõem caber ao estado *organizar* o abastecimento alimentar, atividade que remete à observação da maturação do mercado em questão. A depender do grau de desenvolvimento das atividades correlacionadas

---

8 De lavra da Procuradora do estado Christiane Mina Falsarella e do Procurador do estado Thiago Mesquita Nunes.

ao abastecimento alimentar, o estado poderia materialmente atuar nas atividades de abastecimento, ou, se o caso, apenas instituir regras para fomento ou orientação da política pública, em sintonia com a disposição atinente à subsidiariedade da atuação estatal em atividades econômicas contida no art. 173 da Constituição Federal.

Naquela oportunidade, observou-se, ainda, que a Lei federal nº 8.171/1991 dispõe em seu art. 3º, inciso I, que o abastecimento interno, especialmente o alimentar, se subsume à hipótese do art. 174 da Constituição Federal, que aborda a função estatal de regulação de atividades econômicas, bem como as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Dessarte, na linha das manifestações colhidas durante a sondagem de mercado, seria possível a alteração do cenário do mercado em que são inseridas as atividades de entrepostagem, com ampliação da participação privada e aprimoramento das cadeias logísticas dos atores envolvidos. Nessa senda, atingida certa maturidade, poderia o Estado, com espeque nos dispositivos constitucionais e legais supramencionados, atuar na seara regulatória, e não mais executória como no passado.

Feitas tais aproximações acerca das formas de atuação do Estado em relação ao abastecimento interno, no que tange aos aspectos circunstanciais referentes aos entrepostos de abastecimento de alimentos, colheu-se da manifestação do mercado que, para que as atividades econômicas privadas pudessem ser desenvolvidas a contento, seria necessário um novo olhar sobre as principais vias rodoviárias estaduais, que, qualificadas como classe zero, não permitiam a criação de acessos necessários ao acesso direto de veículos aos futuros entrepostos.

Nesse sentido, visando a dar efetividade à essencial temática da segurança alimentar no Estado, iniciaram-se os estudos técnicos setoriais tendentes à conciliação das políticas públicas capitaneadas pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento e das características técnicas das infraestruturas rodoviárias sob o manto das diretrizes da Secretaria de Logística e Transportes.

Ainda aproveitando-se dos esclarecimentos da citada Nota Técnica nº 20/2019, fora esclarecido que a atuação estatal poderia

se concretizar por meio do fomento, com vistas ao desenvolvimento de atividades econômicas relevantes, tais como aquelas pertinentes ao abastecimento alimentar interno. Nesse sentido, a Secretaria de Agricultura e Abastecimento delimitou uma série de aspectos relevantes a serem observados pelos particulares, visando ao incentivo de determinados fatores reputados importantes sob o ponto de vista da política pública setorial: assegurar a oferta de infraestrutura para produtores; atacadistas; varejistas; cooperativas; importadores; exportadores; e agroindústria de produtos hortifrutigranjeiros; flores; frutas; legumes; grãos; cereais; pescados; e carnes e derivados por meio de locação de espaços para o desenvolvimento de atividades com segurança e eficiência; assegurar espaço para a prestação de serviços auxiliares e acessórios; focar na sustentabilidade e na gestão de resíduos e reciclagem, com aderência à política de logística reversa; garantir acesso aos pequenos e médios produtores rurais; assegurar a estabilidade no abastecimento alimentar etc. Assim, embora o Estado intentasse se afastar da execução direta de atividades de entrepostagem e abastecimento alimentar, seriam dispostos os aspectos sobre os quais os particulares envolvidos deveriam se ater no desenvolvimento de suas atividades.

Cotejando-se as dificuldades narradas pelos agentes privados em relação aos gargalos logísticos no estado de São Paulo e a percepção de que a atividade de entrepostagem poderia ser executada por privados, sem participação imediata do Poder Público (seja por meio de bens públicos, seja por meio de aportes públicos), se superados os obstáculos logísticos, seria juridicamente defensável que o estado buscasse dar tratamento a tais empecilhos, fomentando assim o florescimento das atividades econômicas e a fluidez das trocas e das atividades relacionadas ao abastecimento alimentar.

#### **4. O TRATAMENTO JURÍDICO AOS GARGALOS LOGÍSTICOS À IMPLANTAÇÃO E EXPLORAÇÃO DE ENTREPOSTOS DE ABASTECIMENTO ALIMENTAR POR PARTICULARS**

Em face das ponderações supramencionadas e da relevância do tema, por um lado a Administração passou a refletir tecnicamente sobre a viabilidade de outorga de autorização de acesso em rodovias classe zero, cotejadas as exigências técnicas de segurança, de mitigação de

impactos e outras condutas complementares que pudessem resguardar os usuários das rodovias e a infraestrutura rodoviária em questão. Além disso, de outra volta, passou-se a avaliar a possibilidade de estabelecimento de contrapartidas de interesse público, aderentes à política pública setorial definida pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento, aos privados interessados.

Nessa senda, cogitou-se se poderiam excepcionalmente ser permitidos acessos em rodovias de classe zero, desde que o particular interessado observasse as exigências técnicas da Secretaria de Logística e Transportes tendentes à preservação das condições de segurança de tráfego na rodovia e à mitigação dos impactos ocasionados pela construção do acesso. Outrossim, em face dessa excepcionalidade, os particulares deveriam se comprometer a adotar outras condutas laterais complementares, tais como a concentração de atividades em horário de menor fluxo na rodovia; abertura para integração de pequenos produtores e destinação de áreas do entreposto aos órgãos públicos cujas atuações estivessem correlacionadas à atividade desenvolvida (por exemplo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, a Secretaria de Agricultura e Abastecimento etc.), dentre outros.

Novamente a acomodação dos desígnios da Administração foi analisada juridicamente pela Procuradoria-Geral do Estado. Nessa oportunidade foi elaborada a Nota Técnica nº 18/2019<sup>9</sup>, que buscou avaliar se haveria óbice jurídico à abertura de acessos de terrenos lindeiros às rodovias estaduais qualificadas como classe zero para a implantação de entrepostos de abastecimento alimentar.

Para que se possa avançar na apresentação da análise jurídica do tema, é pertinente a apresentação do conceito técnico concebido às citadas rodovias classe zero. Nesse sentido, o Manual de Implantação Básica de Rodovia, publicado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT)<sup>10</sup>, descreve o viário nos seguintes termos:

<sup>9</sup> De lavra do Procurador do estado Thiago Mesquita Nunes e da Procuradora do estado Thamy Kawai Marcos.

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte. *Manual de implantação básica de rodovia*. 3. ed. Rio de Janeiro: DNIT, 2010, p. 42.

Via Classe 0 – Rodovia do mais elevado padrão técnico, com controle total de acesso, devendo possuir, no mínimo, pista dupla. Esta classe é adotada: quando a função absolutamente preponderante da rodovia for a de atender à demanda do tráfego de passagem por uma região (função mobilidade), sem maiores considerações quanto ao atendimento do tráfego local e das propriedades lindeiras (função acessibilidade) que, por hipótese, devem ser atendidas por outras vias; quando há interferência recíproca entre atividades humanas nas propriedades lindeiras ou áreas vizinhas à faixa de domínio (pedestres, paradas de ônibus, tráfego local), e o fluxo de tráfego direto causar atritos indesejáveis, sob aspectos operacionais e de segurança (controle do uso do solo); quando a rodovia constituir trecho ou parte de um sistema viário (conjunto de estradas do mesmo padrão), cujas características técnicas e operacionais se desejar manter uniformes e homogêneas; quando os volumes de tráfego forem elevados e os custos operacionais o justificarem (geralmente não inferiores àqueles que requerem uma rodovia classe I-A). Os níveis de serviço desta classe são iguais aos da classe I-A

Dessa descrição técnica dessumiu-se que as rodovias classe zero têm como preponderância o atendimento da demanda de tráfego (função mobilidade), sendo menos relevantes as considerações relativas à acessibilidade, aspecto a ser atendido por outras vias. Ainda, observou-se que tais vias têm “controle total de acesso”, definição que não encontra equivalente jurídico nos textos legais nacionais. Para auxiliar a compreensão do tema sob a lente jurídica, pôde-se, com auxílio do art. 25 do Decreto federal nº 86.714/1981<sup>11</sup>, proceder à interpretação do termo técnico.

Com efeito, considerando-se a redação do art. 25 do citado edito, pôde-se inferir que a hipótese não trata de uma impossibilidade total de acesso à via (o que inviabilizaria a sua integração aos

<sup>11</sup> O Congresso Nacional havia aprovado, por meio do Decreto Legislativo nº 33, de 13 de maio de 1980, a Convenção sobre o Trânsito Viário, celebrada em Viena em 8 de novembro de 1968 com o fito de facilitar o trânsito viário internacional e de aumentar a segurança nas rodovias mediante a adoção de regras uniformes de trânsito. A internalização da Convenção no direito brasileiro foi ratificada pelo Presidente da República por intermédio do referido Decreto federal nº 86.714/1981.

usuários de quaisquer locais), mas sim que todo acesso naquela via deve obrigatoriamente observar a legislação cabível, quando existente. É dizer: a existência de acessos às rodovias classe zero deve se dar em conformidade à previsão legal, à qual deve observância. Outrossim, para que efetivamente haja controle material do acesso, o acesso deve ser precedido de autorização estatal.

Sobre o tema, cumpre registrar que, no âmbito do estado de São Paulo, a disciplina normativa da concessão de acessos dos terrenos lindeiros às rodovias estaduais é tradicionalmente conferida pelo Decreto estadual nº 30.374/1989, cujo anexo apresenta as diretrizes técnicas para a autorização pretendida. Tais diretrizes têm como foco a observância da segurança do tráfego, que é resguardada por meio de exigências técnicas exaradas pelas autoridades competentes (no caso dos acessos previstos pelo Decreto estadual nº 30.374/1989, pelo Departamento de Estradas de Rodagem – DER).

Transpondo esse raciocínio para os casos das rodovias classe zero, é possível afirmar que o objetivo das restrições relativas ao controle total de acesso seria proteger e manter as características técnicas desses viários de qualidade e segurança superiores. As particularidades dessas vias<sup>12</sup> são motivadas pela manutenção da segurança da via e do tráfego de veículos.

Por tais motivos, entendeu-se correto afirmar que a peculiaridade do “controle total de acessos” das rodovias classe zero não se consubstancia em um óbice *jurídico* intransponível, em si, para acessibilidade à via<sup>13</sup>. Trata-se, sim, da exigência de submissão da temática (i) a

<sup>12</sup> Tais como, por exemplo: (i) o elevado padrão técnico; (ii) o controle total de acesso, evitando-se a implantação de dispositivos intermediários; (iii) o atendimento à demanda do tráfego de passagem pela região atravessada (função mobilidade) em detrimento do atendimento ao tráfego local e às propriedades lindeiras, que devem ser atendidas por outras vias; (iv) a projeção em pista dupla com faixas de rolamento de 3,60 metros de largura, acostamento externo de 3,50 metros e interno de 3,00 metros, gabarito mínimo vertical de 5,50 metros e largura do canteiro central de até 18 metros; (v) a possibilidade do desenvolvimento de altas velocidades de percurso, sendo a velocidade diretriz para projeto igual a 120 km/h; (vi) a distância mínima de visibilidade de parada igual a 250 metros; (vii) o afastamento lateral mínimo até o bordo do acostamento de 1,50 metros para obstáculos isolados e igual a 0,50 metros para obstáculos contínuos; (viii) as rampas longitudinais com inclinação máxima de 3%; (ix) o raio mínimo de curva horizontal igual a 665 metros; e (x) as curvas horizontais projetadas com transição, superlargas e superelevadas.

<sup>13</sup> Única exceção a essa conclusão seria a previsão do art. 2º do Decreto estadual nº 55.498/2010,

uma análise técnica sobre as medidas a serem adotadas para assegurar a preservação das condições de segurança da rodovia, (ii) bem como de uma avaliação de mérito sobre eventuais impactos que o acesso, ainda que tecnicamente projetado para a preservação das condições de segurança da via, possam causar ao seu nível de serviço, de modo a ser pertinente o cotejo de tais impactos, por meio de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, com os benefícios de interesse público que poderiam ser colhidos por meio do acesso em questão.

Não obstante tenha-se concluído pela ausência de obstáculos jurídicos apriorísticos ao acesso a rodovias classe zero, verificou-se que o quadro normativo vigente em âmbito estadual não estaria adequadamente preparado para o eventual exercício dessa faculdade pelo Administrador. Com efeito, justamente em função do rigor técnico que tais infraestruturas exigem, seria insuficiente a regulamentação trazida pela legislação vigente e aplicável às demais rodovias estaduais. De fato, o Decreto estadual nº 30.374/1989 não ensejaria maior juízo sobre os impactos que o acesso pleiteado pudesse causar ao nível de serviço da rodovia, circunscrevendo o âmbito de análise aos aspectos puramente técnicos menos rígidos. Nesse sentido, aspectos cruciais às rodovias classe zero não teriam espaço para análise no bojo do atual diploma.

Por esse motivo, foi sugerido que o estabelecimento de parâmetros mínimos e gerais pertinentes às rodovias classe zero fossem minuciados por meio de decreto próprio, a regulamentar a autorização de acesso de terrenos lindeiros às respectivas faixas de domínio em rodovias classe zero, para a construção dos entrepostos de abastecimento alimentar. A Procuradoria-Geral do Estado propôs minuta de decreto com proposta de regulamento de autorização de acesso a terrenos lindeiros às respectivas faixas de domínio em rodovias classe zero, para a construção de entrepostos alimentares, que originou o Decreto estadual nº 64.543, de 24 de outubro de 2019<sup>14</sup>, cujo anexo traduz os requisitos a serem

---

que trata do Rodoanel Metropolitano de São Paulo – SP 021, que poderia ser alterado por norma de igual ou superior hierarquia.

14 O qual foi especificamente analisado por meio do Parecer CJ/SLT nº 49/2019, da lavra do Procurador do estado Caio César Alves Ferreira Ramos.

observados para a regular concessão de acessos às rodovias classe zero para entrepostagem e abastecimento de alimentos.

## 5. A DISCIPLINA ESTADUAL PARA AUTORIZAÇÕES DE ACESSO DE TERRENOS LINDEIROS ÀS TAXAS DE DOMÍNIO EM RODOVIAS CLASSE ZERO

O citado Decreto estadual nº 64.543/2019 reforça o caráter excepcional e extraordinário da autorização de acesso em questão, que deve ser concedida apenas para o atendimento dos interesses públicos atinentes à atividade econômica de entrepostagem e abastecimento de alimentos. Em vista da estreita correlação entre a finalidade do acesso e o ato administrativo que o concede, o diploma exige que o acesso não atenda outros tipos de empreendimentos<sup>15</sup>, tampouco tenha conexão com vias locais<sup>16</sup>, a fim de evitar a indução de ocupação e o uso de áreas próximas por terceiros estranhos às atividades relacionadas ao abastecimento alimentar.

A Administração também houve por bem eleger a viabilização de alternativas locacionais para implantação de empreendimentos de grande porte que atendessem às demandas de uma gama de usuários<sup>17</sup>, o que se coadunaria com o propósito de evitar a pulverização de acessos menores que pudesse elevar os custos regulatórios e fiscalizatórios, aumentando reflexamente o risco à segurança de tráfego e eventualmente ocasionando a desnaturação dos níveis de serviços da rodovia a patamares injustificáveis.

Entretanto, as atividades do titular do acesso devem necessariamente considerar as diretrizes firmadas pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento, plasmadas no art. 3º do mencionado decreto, para a política pública setorial, a qual, como dito alhures, abrange a abertura de oportunidade, por exemplo, a pequenos produtores e a atores de diversos ramos distintos do setor de alimentos. Com efeito, tratando-se de fomento estatal a determinadas características relativas à atividade

15 Art. 2º, § 1º, do Regulamento ao Decreto estadual nº 64.543/2019.

16 Art. 4º, inc. IV, do Regulamento ao Decreto estadual nº 64.543/2019.

17 Art. 2º do Regulamento ao Decreto estadual nº 64.543/2019.

de abastecimento de alimentos, buscou-se incentivar condutas dos particulares que fossem positivamente valoradas pelo Estado.

Prosseguindo, buscando conciliar tais atividades econômicas com as características peculiares das rodovias classe zero, o citado decreto elenca contrapartidas à concessão da autorização com o fito de neutralizar os impactos negativos gerados pela atividade<sup>18</sup>. Busca-se internalizar as externalidades negativas<sup>19</sup> ocasionadas pelos entrepostos de abastecimento de alimentos, de modo a evitar que esses efeitos deletérios sejam sentidos pelos usuários das rodovias e/ou que sejam absorvidos pelas concessionárias dos serviços públicos de exploração do sistema rodoviário<sup>20</sup>.

Outrossim, é necessário notar que a autorização concedida se reveste do caráter de precariedade, podendo ser cancelada a qualquer tempo pela Administração em caso de descumprimento das exigências previstas no regulamento ou no termo de autorização de acesso, sem que se possa cogitar da existência de qualquer direito adquirido do titular do acesso<sup>21</sup> materializado em eventuais pleitos indenizatórios.

Em consonância com o disposto no art. 8º do Regulamento, os Secretários de Logística e Transportes e Agricultura e Abastecimento editaram, com espeque no art. 12, inc. I, “b”, da Lei estadual nº 10.177/1998, a Resolução Conjunta SAA/SLT nº 01, de 02 de julho de 2020<sup>22</sup>, disciplinando o procedimento de autorização de acesso

18 Art. 4º do Regulamento ao Decreto estadual nº 64.543/2019.

19 “Externalidades ou efeitos externos. Atividades que influenciam terceiros, positiva ou negativamente, sem que estes tenham de pagar ou de ser pagos por isso. As externalidades correspondem aos casos em que os custos ou benefícios privados não igualam os custos ou benefícios sociais. Os dois tipos principais de externalidades são as economias externas e as deseconomias externas. Há economia externa quando uma atividade produz benefícios para terceiros que deles usufruem sem nada pagar: p. ex., a construção de um parque de campismo beneficia os comerciantes instalados nas proximidades, pelo aumento de clientes que daí resulta. Há deseconomia externa quando uma atividade envolve custos para terceiros que não são compensados por eles: p.ex., uma fábrica de costumes pode poluir um rio e afetar assim toda a população” (Sousa, João Ramos de. Léxico: análise econômica do direito. Sub Judice – Justiça e Sociedade, Coimbra, n. 33, 2005, p. 184).

20 Art. 4º, incisos V e VI, do Regulamento ao Decreto estadual nº 64.543/2019.

21 Art. 6º, § 4º, do Regulamento ao Decreto estadual nº 64.543/2019.

22 A qual foi especificamente analisada por meio do Parecer CJ/SLT nº 25/2020, da lavra do Procurador do estado Caio César Alves Ferreira Ramos.

a terrenos lindeiros às faixas de domínio das rodovias em questão, para a instalação de entrepostos de abastecimento alimentar.

Aspecto relevante para a compreensão da citada resolução é o espaçamento mínimo a ser observado entre entrepostos de abastecimento alimentar instalados em um mesmo trecho rodoviário<sup>23</sup>. Doutrinariamente admite-se que o Estado, no exercício da função ordenadora, limite o número de beneficiários de um ato de consentimento estatal que seja exigido para a exploração de uma determinada atividade econômica, em virtude de fatores externos ao sujeito ou ao objeto a que se refere a atividade. Nesse sentido:

No entanto, mister perceber a existência de situações em que a Administração não dispõe em concreto de qualquer espécie de discricionariedade na produção do ato ampliativo e, mesmo assim, este tem pouco a ver com a tipologia clássica da chamada licença, por ser impossível reconhecer direito preexistente em favor do particular. Suponha-se a seguinte situação.

A lei, proibindo a construção de shopping centers na cidade, faculta à Administração permiti-la se a via pública onde se situar o terreno não tiver trânsito saturado. Nenhum proprietário poderia imaginar integrado a seu patrimônio o direito de construir tais centros comerciais; poderia, contudo, obtê-lo, na dependência da situação urbana em dado momento. Inexistindo prédios ao redor, e sendo nulo o trânsito, o proprietário A seria autorizado a construir (a decisão nesse sentido será necessariamente vinculada). O proprietário B, pretendendo o mesmo logo em seguida, veria negada sua pretensão, à vista do saturamento existente. Anos depois, sendo substituído o prédio de A por prédios residenciais com pequeno número de unidades, a diminuição do afluxo de carros na rua tornaria aceitável o pedido de B.

O exemplo – propositalmente tomado no campo clássico das licenças: o direito de construir – mostra que vinculação administrativa e direito preexistente não são realidades que caminhem sempre juntas. No caso suposto, embora à Administração não caiba juízo volitivo, deve examinar, não só dados relativos ao imóvel onde se pretende

---

23 Art. 6º da Resolução Conjunta SAA/SLT nº 01/2020.

construir e ao projeto apresentado, mas também outros elementos que escapam ao controle do proprietário e pelos quais ele não é responsável, como o estado do trânsito na cidade. Por isso, não se pode visualizar um direito de construir centros comerciais previamente incorporado à esfera jurídica do proprietário (seria um curioso direito, que entra e sai do patrimônio do particular na dependência das condições do trânsito urbano!).

Muitos outros exemplos desse tipo podem ser concebidos: o licenciamento de instalação de indústrias, condicionado ao nível de poluição existe na cidade (o ato será vinculado se a lei fixar objetivamente o grau de poluição que impede instalação de novas fábricas); a autorização de funcionamento de motéis condicionada à inexistência de estabelecimento de ensino a menos de 500m, e assim por diante.

O quanto visto demonstra a necessidade de distinguir ao menos dois tipos de atos ordenadores ampliativos de direito privado praticados sem qualquer discricionariedade: a) ato em cuja emanação o Poder Público deve analisar apenas condições próprias do sujeito ou do objeto a que a atividade se refere, para verificar se correspondem às exigidas pela lei (caso da típica licença para construir; e b) ato em cuja produção a administração analisa, não só as condições do sujeito ou do objeto, mas também dados externos a eles.

Nesse segundo caso, é preciso especialmente considerar os atos ampliativos que devam ter limitação do número de beneficiários.<sup>24</sup>

O mesmo ocorreria no caso das autorizações de acesso para implantação de entepostos de abastecimento alimentar: a par dos requisitos individualmente verificáveis relacionados aos interessados na outorga do acesso, outras limitações externas (situação particular da rodovia em abarcar o empreendimento) devem ser consideradas para a composição do consentimento estatal.

Embora seja juridicamente viável a limitação em questão, a jurisprudência já fixou balizas para aferição da plausibilidade dessas

---

<sup>24</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo ordenador. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 46-48, grifo nosso.

restrições. Sobre o tema, salienta-se que, de acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a vedação à instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em uma determinada área é inválida, por ofender o princípio constitucional da livre concorrência<sup>25</sup>, salvo se a restrição decorrer de imperativo de segurança ou de proteção à saúde e/ou ao meio ambiente<sup>26</sup>.

No mesmo sentido, conforme ensina José Vicente Santos de Mendonça, as restrições estatais à liberdade econômica devem consistir nas estritamente necessárias à consecução do interesse público, sob pena de ser caracterizado desvio do poder regulatório<sup>27</sup>.

Ainda nessa linha intelectiva, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que os poderes administrativos – no caso, a prerrogativa de impor limites ao exercício da liberdade econômica – são meramente instrumentais, isto é, submissos a um dado escopo normativo, restringindo-se a validade do seu uso ao necessário para alcançá-lo, de modo que toda providência que ultrapasse o que seria requerido para atender ao fim legal consiste em uma extralimitação da competência e, pois, uma invalidade<sup>28</sup>.

Nesse sentido é o entendimento do STF:

O sistema constitucional de proteção de liberdades goza de prevalência prima facie, devendo eventuais restrições ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequar-se ao teste da proporcionalidade, exigindo-se ônus de justificação regulatória baseado em elementos empíricos que demonstrem o atendimento dos requisitos

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 193.749/SP. Recorrente: Drogaria São Paulo Ltda. Recorrido: Droga São Lucas Ltda. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa, 4 de junho de 1998. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 4 maio 2001.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Reclamação n. 30.229 AgR/RN. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 21 de setembro de 2018. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 27 set. 2018.

27 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 4º: requisitos para regulação pública. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à lei da liberdade econômica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 213.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discretionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 96.

para a intervenção.<sup>29</sup>

No caso do espaçamento mínimo previsto pela resolução conjunta, o critério foi fixado considerando-se a degeneração e os prejuízos técnicos e operacionais provocados por tais empreendimentos nas rodovias em que são instalados. Nesse sentido, tendo-se em vista que a manutenção dos níveis técnicos e operacionais dessas vias atende aos imperativos de segurança de tráfego, entende-se que a previsão de espaçamento mínimo atende aos requisitos fixados pelos entendimentos do Supremo Tribunal Federal e abordados pela doutrina.

Tema correlato ao espaçamento mínimo entre os acessos pretendidos relaciona-se ao direito de preferência a ser concedido à proposta que melhor atenda ao interesse público, na hipótese de apresentação de mais de um pedido de autorização de acesso, referentes a uma mesma área de exclusividade, em determinado lapso de tempo<sup>30</sup>. Diante dos motivos inviabilizadores da coexistência de mais de um acesso em uma mesma área, verifica-se situação de escassez a ser tratada por meio de algum procedimento administrativo objetivo, público e impessoal destinado à escolha do interessado a ser contemplado pela autorização de acesso.

Pertinente ao supracitado procedimento, não parece adequado e consentâneo com o interesse público que, nas hipóteses de apresentação de mais de um pedido de autorização de acesso em um determinado período de tempo razoavelmente estabelecido – no caso, 90 dias –, o direito de implantar um entreposto de abastecimento alimentar, com exclusividade, em uma determinada área, fosse concedido com base unicamente em um critério temporal, isto é, outorgado àquele que primeiro tenha protocolado o requerimento administrativo.

Com efeito, previsão nesse sentido geraria o incentivo para que os interessados protocolassem requerimentos administrativos açodados, despidos dos rigores técnicos necessários para a adequada compreensão da proposta, visando apenas à configuração do ineditismo do pedido

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449/DF. Requerente: Partido Social Liberal. Interpelado: Câmara Municipal de Fortaleza. Relator: Ministro Luiz Fux, 8 de maio de 2019. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 2 set. 2019.

30 Art. 12 da Resolução Conjunta SAA/SLT nº 01/2020.

em determinada área de exclusividade. Tendo-se em vista os impactos que tais acessos podem gerar às rodovias classe zero, comportamentos desenfreados não seriam adequados à consecução dos objetivos perseguidos pelo Estado, sendo necessários outros critérios, diversos daquele meramente temporal. Por tais motivos, parecem adequados os critérios estabelecidos pelo art. 12, § 3º da citada resolução, que contempla (i) as condições de segurança viária, além de outras considerações técnicas e operacionais dos trechos rodoviários implicados; (ii) a análise técnica da Secretaria de Agricultura e Abastecimento segundo os ditames dos artigos 2º e 3º do Regulamento do Decreto estadual nº 64.543/2019, bem como (iii) as diretrizes consolidadas pela resolução conjunta.

Igualmente relevante é a previsão contida no art. 10 da mencionada resolução, que indica a documentação a ser protocolada pelo interessado junto à concessionária de rodovias que administra o trecho rodoviário em que se intenta a instalação do empreendimento. Dentre esses documentos, é pertinente apontar a importância da indicação das medidas mitigadoras e/ou compensatórias a que se refere o inciso VI do art. 4º do Regulamento anexo ao Decreto estadual nº 64.543/2019.

Em relação à concessionária, é pertinente oportunizar sua manifestação na medida em que poderá avaliar, sob o ponto de vista técnico, quais os impactos considerados pelo interessado no acesso em relação à rodovia afetada e se estes estão aderentes à realidade da via. Com efeito, considerando-se que o tema é específico e tecnicamente complexo, é provável que existam assimetrias de informação entre o interessado no acesso e a concessionária, sendo desejável que se criem incentivos para que essa assimetria seja diminuída por uma comunicação efetiva entre as duas partes. A concessionária, obrigada contratualmente à manutenção dos níveis de serviço naquele trecho rodoviário, teria pertinente participação na realização de estudo minucioso sobre a documentação apresentada pelo interessado, buscando endereçar os elementos técnicos realmente aptos para que o projeto não cause à rodovia impactos deletérios excessivos ou irreversíveis.

Por outro lado, a concessionária realiza apenas uma avaliação técnica não definitiva ou proibitiva, eis que suas considerações não suprem as subsequentes manifestações igualmente técnicas da agência reguladora (Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados

de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp) nos passos seguintes do procedimento administrativo. Quanto a esse aspecto, ressalta-se que as competências da Artesp pertinentes a autorizações de acesso por rodovias estaduais concedidas foram objeto de análise jurídica da Procuradoria Administrativa, cujo Parecer PA nº 43/2018 traz as orientações mais recentes a respeito da matéria. Naquela oportunidade, a Procuradoria Administrativa analisou a divisão de competências entre a Agência e o DER, no que tange ao exercício de funções de ordenação em rodovias estaduais concedidas à iniciativa privada. No supracitado parecer, em resumo, a Procuradoria Administrativa concluiu pela competência da Artesp no que se refere à ordenação de rodovias estaduais concedidas, suscitando, inclusive, a possibilidade de o advento da Lei Complementar estadual nº 914, de 14 de janeiro de 2002, que criou a Agência, ter provocado a revogação tácita de normas anteriores que fazem alusão a competências do DER.

Todas essas informações são de grande relevo para a avaliação técnica e discricionária a ser realizada pelo poder público em relação ao pedido de autorização de acesso. Isso porque esses requisitos tangenciam questões sensíveis, como a preservação dos níveis de segurança e de qualidade de tráfego da rodovia em que será implantado o entreposto de abastecimento alimentar.

Em vistas das peculiaridades da decisão estatal a ser tomada, é possível afirmar que a apreciação do pedido de autorização de acesso pelo Secretário de Logística e Transportes envolve o exercício de discricionariedade técnica por parte do poder público. Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há discricionariedade técnica quando a decisão administrativa pressupõe a utilização de critérios técnicos ligados a critérios administrativos de oportunidade e conveniência. Nesse sentido, um dos exemplos de situação de discricionariedade técnica – que se amolda ao caso da autorização de acesso – consiste na hipótese em que a autoridade pública competente decide com base em dados fornecidos por órgão técnico, apreciando os elementos técnicos em conjunto a critérios administrativos de oportunidade e conveniência<sup>31</sup>.

---

31 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106-119.

Nessa linha, as supracitadas medidas mitigadoras e/ou compensatórias a serem exigidas do titular da autorização de acesso, aparentemente, constituem espécie de condicionamento (encargo) imposto ao particular para implantação e operação do entreposto de abastecimento alimentar às margens das rodovias indicadas no Decreto estadual nº 64.543/2019. Na linha dos ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld, os condicionamentos são as situações subjetivas passivas impostas pela Administração Pública aos titulares de direitos, para definir o seu campo de legítimo exercício, traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos do direito) ou suportar (sujeições). A imposição aos particulares de condicionamentos de direitos é técnica de administração ordenadora destinada a compatibilizar o usufruto das liberdades públicas com os interesses coletivos. Nesse sentido, os condicionamentos não se confundem com a imposição de deveres, pela Administração, aos indivíduos, pois estes independem da titularidade ou exercício de algum direito<sup>32</sup>.

Em virtude das variações do mercado de abastecimento de alimentos e do correspondente tráfego experimentado pelas rodovias no decorrer do tempo, a mencionada resolução previu que, caso a agência reguladora verifique significativa variação do volume de tráfego do acesso, proporá ao Secretário de Logística e Transportes que o titular do acesso proceda ao reestudo da viabilidade e à adequação do acesso autorizado. Além dessa atuação repressiva, há previsão de acompanhamento do desenvolvimento do empreendimento e revisões relativamente frequentes, a serem desenvolvidas pelo titular do acesso, por meio de estudos de tráfego voltados à reavaliação do polo gerador de tráfego, com respectiva medida de mitigação de seu impacto, se for o caso<sup>33</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou compartilhar as experiências do estado de São Paulo quanto da reformulação de sua forma de participação nas atividades de entrepostagem e abastecimento de alimentos.

---

32 SUNDFELD, op. cit., p. 54-56.

33 Art. 14 da Resolução Conjunta SAA/SLT nº 01/2020.

Ouvidos os atores que se inserem no torvelinho do mercado, verificou-se que as atividades em questão haviam adquirido certa maturidade com o decorrer dos anos, não remanescendo as mesmas razões para a manutenção de um padrão de atuação defasado.

Nessa senda, em consonância com os dispositivos constitucionais e legais vigentes, assumiu o Estado as funções de regulação e de fomento, admitindo que as atividades econômicas fossem desenvolvidas pelos particulares.

A fim de viabilizar o desenvolvimento dessas atividades, por outro lado, atentou o Estado aos gargalos de logística experimentados em âmbito estadual, sendo o mais relevante aquele relativo ao acesso dos terrenos lindeiros às rodovias classe zero. Por meio de um cotejo jurídico entre as normas – legais e técnicas – existentes e os propósitos das rodovias classe zero, concluiu-se que pela inexistência de uma inviabilidade jurídica inicial para a autorização de acessos a tais viários, tendo-se, sim, reconhecido que a matéria exigia submissão a um duplo crivo (técnico e de mérito), que considerasse (i) as exigências técnicas para manutenção de segurança do tráfego nessas rodovias, e (ii) a proporcionalidade entre os impactos gerados ao nível de serviço do viário e os benefícios de interesse público gerados por tal autorização.

A partir dessa conclusão, foi editado o Decreto estadual nº 64.543/2019 e a correlata Resolução Conjunta SAA/SLT nº 01/2020, que apresentam os requisitos necessários à outorga de autorização de acesso a rodovias classe zero para a instalação dos entrepostos de abastecimento de alimentos.

Ademais, procedeu-se a uma análise dos principais aspectos desses diplomas, tais como as eventuais restrições concorrenciais derivadas das exigências técnicas de preservação do viário estadual, bem como a correta imputação das externalidades geradas pela atividade econômica desenvolvida em redor das rodovias classe zero.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte. **Manual de implantação básica de rodovia.** 3. ed. Rio de Janeiro: DNIT, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449/DF. Proibição do livre exercício da atividade de transporte individual de passageiros. Requerente: Partido Social Liberal. Interpelado: Câmara Municipal de Fortaleza. Relator: Ministro Luiz Fux, 8 de maio de 2019. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 2 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Reclamação n. 30.229 AgR/RN. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 21 de setembro de 2018. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 193.749/SP. Recorrente: Drogaria São Paulo Itda. Recorrido: Droga São Lucas Itda. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Ministro Maurício Corrêa, 4 de junho de 1998. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 4 maio 2001.

CEAGESP. Capital – ETSP. **Portal Ceagesp**, São Paulo, [2021]. Disponível em: <https://ceagesp.gov.br/entrepostos/etsp/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

CEAGESP. Histórico. **Portal Ceagesp**, São Paulo, [2020]. Disponível em: <https://ceagesp.gov.br/a-ceagesp/institucional/historico/>. Acesso em: 22 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 4º: requisitos para regulação pública. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 211-212.

SOUZA, João Ramos de. Léxico: análise econômica do direito. **Sub Júdice – Justiça e Sociedade**, Coimbra, n. 33, p. 175-194. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

# REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS

Thiago Mesquita Nunes<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Contratos complexos de concessão de uso de bens públicos; 3 – Peculiaridades na disciplina contratual de contratos de concessão de uso de bens públicos; 3.1 – Flexibilidade contratual na definição das atividades econômicas exploradas no bem público, da forma de exploração e dos investimentos a serem realizados; 3.2 – Impactos do regime de liberdade de preços e da atuação em ambiente concorrencial; 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo apresenta uma análise sobre o regime jurídico aplicável aos contratos complexos de concessão de uso de bens públicos. Especificamente, busca demonstrar a inadequação da aplicação das Leis Federais nº 8.666/93 e nº 14.133/2021 quanto à disciplina de extinção antecipada dessa espécie de contratos. Apresenta, ainda, as peculiaridades desse modelo contratual que demandam disciplina distinta da adotada nos contratos de concessão de serviços públicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato. Concessões de uso de bens públicos.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar algumas peculiaridades jurídicas dos contratos de concessão de uso de bens públicos que,

---

<sup>1</sup> Procurador do estado de São Paulo. Especialista em direito administrativo pela Escola de Direito da Função Getúlio Vargas, graduado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

em alguns projetos, em muito se aproximam das características essenciais de típicos contratos de concessão de serviços públicos, notadamente quanto ao volume de investimentos demandado para a viabilização do projeto, do que decorre a necessidade de um longo prazo de vigência do contrato para permitir a plena amortização desses investimentos exclusivamente a partir das receitas auferíveis pela exploração econômica do empreendimento.

Trata-se, portanto, de um recorte bastante específico. Desse modo, este artigo não apresentará uma análise puramente dogmática do instituto dos contratos de concessão de uso de bens públicos e de suas características no contexto da gestão pública do patrimônio imobiliário estatal. Na perspectiva adotada, o estudo tem como foco apenas aqueles contratos que, por suas características, assemelham-se às concessões de serviços públicos, no que podem ser citados como exemplos, no estado de São Paulo, projetos nas áreas de unidades de conservação ambiental<sup>2</sup>; parques urbanos<sup>3</sup>; lazer; educação e conservação ambiental<sup>4</sup>; exposições<sup>5</sup>; cultura<sup>6</sup>; e esportes e entretenimento<sup>7</sup>.

- 
- 2 Projetos de concessão de uso do Parque da Cantareira e do Parque Alberto Löfgren (disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/132>. Acesso em: 2 ago. 2022), do Parque Estadual de Campos do Jordão (disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/133>. Acesso em: 2 ago. 2022), do Parque Estadual da Serra do Mar (projeto “Caminhos do Mar”, disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/150>. Acesso em: 2 ago. 2022), e do Parque Estadual Turístico do Alto Ribeira – PETAR (disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/162>. Acesso em: 2 ago. 2022).
  - 3 Projeto de concessão de uso dos parques urbanos da Água Branca, Villa-Lobos e Cândido Portinari, disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/156>. Acesso em: 2 ago. 2022.
  - 4 Contrato de concessão de uso do Zoológico de São Paulo e do Jardim Botânico de São Paulo, celebrado em 08 de setembro de 2021. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/147>. Acesso em: 2 ago. 2022.
  - 5 Contrato de concessão de uso do Centro de Exposições Salvo Pacheco de Almeida Prado (São Paulo Expo), celebrado em 21 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/127>. Acesso em: 2 ago. 2022.
  - 6 Projetos de concessão de uso da Casa das Retortas (disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/159>. Acesso em: 2 ago. 2022) e do Casarão Franco de Mello (disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/163>. Acesso em: 2 ago. 2022).
  - 7 Projeto de concessão de uso do Constâncio Vaz Guimarães, em fase de consulta pública. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/146>. Acesso em: 2 ago. 2022.

Para esses projetos, apesar da existência de significativo grau de semelhança, não se observam, contudo, algumas das características mais próprias às concessões de serviços públicos propriamente ditas. Há, reconheça-se, inequívocas dificuldades na determinação exata de um conceito inquestionável de *serviços públicos*, com concepções distintas ao longo do tempo, quer qualificando-os segundo a presença do estado no exercício da atividade, quer em função da previsão legal de incidência de um regime próprio de direito público<sup>8</sup>. Não obstante, é certo que apenas com muita elasticidade no conceito seria possível atribuir tal qualificação a atividades como as de gestão de um centro de exposições ou de exploração de complexos esportivos, por exemplo.

Mas não há apenas potencial incompatibilidade do escopo desses projetos com conceitos doutrinários do que se entenda por *serviços públicos*. Há ainda dificuldades práticas de compatibilização do regime jurídico desses contratos com determinações legais aplicáveis às concessões de serviços públicos, a exemplo da imposição de diretrizes de adequação e continuidade dos serviços públicos<sup>9</sup>, ou da disciplina legal a respeito da política tarifária<sup>10</sup>.

De outro lado, problemas também surgem na hipótese de puro afastamento da disciplina legal atinente às concessões de serviços públicos, submetendo as concessões de uso de bens públicos exclusivamente à legislação geral de licitações e contratações públicas, que, conforme será visto mais adiante, não contém disciplina apta a lidar com contratações com tamanha complexidade e, notadamente, com tão extenso prazo de vigência.

Diante desse cenário, busca o presente artigo discorrer, inicialmente, sobre o regime jurídico aplicável às concessões de uso de bens públicos, quando detentoras de características que as aproximem de concessões de serviços públicos. Na sequência, serão apresentadas algumas peculiaridades desses contratos que, ordinariamente,

<sup>8</sup> A respeito dessa evolução doutrinária do conceito de *serviços públicos*, vide SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

<sup>9</sup> Cf. artigo 6º da Lei Federal nº 8.987/95.

<sup>10</sup> Cf. artigo 9º da Lei Federal nº 8.987/95.

demandam regulação distinta da comumente adotada em contratos de concessão de serviços públicos, destacadamente as relacionadas à alocação contratual de riscos, alterações estas imprescindíveis quando o projeto contemplar um regime de liberdade de preços ao concessionário, e de fundamental importância se a atividade econômica desempenhada no imóvel público estiver sujeita à competição com outros atores privados.

## 2. CONTRATOS COMPLEXOS DE CONCESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS

A gestão dominial dos imóveis integrantes do patrimônio público pode envolver o emprego de diversos instrumentos jurídicos à disposição do administrador público, desde sua afetação a determinada destinação pública, passando por instrumentos de alocação temporária da posse do imóvel a terceiros, no que se enquadram as concessões, permissões e autorizações de uso de bens públicos, até atos de alienação a terceiros dos direitos reais incidentes sobre imóvel não afetado a qualquer política pública.

Neste artigo, o foco de estudo recai sobre a utilização do instituto da concessão de uso de bens públicos como instrumento para a realização de política pública, no escopo de projetos que buscam atrair vultosos recursos privados para que, em contrapartida ao direito de exploração econômica do bem público pelo prazo estabelecido no contrato, sejam realizados investimentos em imóvel público, e nele prestadas as atividades determinadas, com maior ou menor flexibilidade de atuação, no instrumento de concessão.

Cabe, inicialmente, salientar que o instituto da concessão de uso de bens públicos pode ser utilizado para reger relações de baixa complexidade, que demandam investimentos de menor monta. Em realidade, é instrumento apto a reger quaisquer relações jurídico-obrigacionais em que, por meio de vínculo contratual, terceiro assume temporariamente a posse de imóvel público para explorá-lo de acordo com as diretrizes instituídas no instrumento de concessão.

Para tais projetos de menor complexidade, a disciplina legal aplicável não costuma se apresentar como tema sujeito a maiores

divagações. Aceita-se, sem grandes questionamentos, a regulação desses contratos pela legislação geral de licitações e contratações públicas, quer a Lei Federal nº 8.666/93, ainda em vigor, quer a recente Lei Federal nº 14.133/2021, que, aliás, expressamente se declara aplicável às concessões de uso de bens públicos<sup>11</sup>.

E, de fato, para esses assuntos a aplicação dessa legislação conduz a resultados bastante satisfatórios, ao menos até o ponto em que se pode ter como satisfatória a disciplina trazida por essas leis para toda e qualquer contratação administrativa.

Algumas críticas, naturalmente, podem ser feitas, diante da inevitável incompatibilidade da aplicação, às concessões de uso de bens públicos, de leis concebidas para regular contratos em que a Administração Pública figura como devedora de um pagamento ao terceiro contratado<sup>12</sup>, a exemplo da vinculação, trazida pelo artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93, da vigência dos contratos administrativos à vigência dos créditos orçamentários<sup>13</sup>, vinculação inexplicável em contratos como os de concessão de uso de bens públicos, em que a Administração Pública é, ordinariamente, credora de um pagamento devido pelo concessionário, em razão da outorga do direito de exploração econômica do imóvel público.

Ocorre que, para contratos de maior complexidade e, especialmente, de maior prazo de vigência, a incompatibilidade da aplicação irrestrita do regime jurídico trazido pela legislação geral de licitações e contratações públicas se mostra mais presente, com consequências significativamente mais gravosas para a própria viabilização da contratação.

---

11 Cf. artigo 2º, inciso IV.

12 Segundo André Janjácomo Rosilho, a perquirição do processo legislativo e o contexto em torno do qual foi editada a Lei Federal nº 8.666/93 demonstrariam que esta foi significativamente influenciada por *empreiteiras emergentes* e, como consequência, a disciplina legal teria sido voltada mais especificamente à regulação de contratos de obras públicas, não obstante o âmbito de incidência da lei seja marcadamente mais amplo (ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-37, 2012/2013).

13 Embora com distinta redação, a mesma crítica pode ser direcionada ao artigo 105 da Lei Federal nº 14.133/2021, que igualmente exige a previsão no plano plurianual para a celebração de contratos com duração superior a um exercício financeiro, previsão esta, evidentemente, inconcebível para contratos que não demandem o emprego de qualquer recurso orçamentário para sua viabilização.

Para demonstrar essa incompatibilidade, é necessário darmos um passo atrás e apresentarmos algumas características essenciais desses contratos, que os aproximam, na lógica econômico-financeira, dos contratos de concessão de serviços públicos.

Tanto em um caso – concessões de serviços públicos –, quanto em outro – projetos complexos de concessão de uso de bens públicos –, a viabilização da contratação pretendida depende da estruturação de um projeto capaz de gerar atratividade ao setor privado, o que demanda a definição de premissas de investimento, direitos e obrigações contratuais que, em seu conjunto, viabilizem ao investidor a expectativa de rentabilidade do capital empregado no projeto que seja compatível com o custo de oportunidade desses recursos.

Vale ressaltar que nesses projetos, sobretudo nos denominados projetos *greenfield*, a exploração econômica do ativo – quer do serviço público, quer do imóvel público – é precedida da realização de vultosos investimentos na implantação da infraestrutura ou do empreendimento, investimentos estes que demandam o emprego de capital privado, próprio ou de terceiros, que deve ser recuperado e remunerado pela exploração econômica do ativo objeto do contrato. Mesmo em projetos *brownfield*, vale dizer, aqueles em que já existe um ativo público passível de exploração econômica imediata, no mais das vezes é necessário o emprego de grande volume de capital para atividades de reforma, restauração, ampliação ou modernização dos ativos públicos, tornando igualmente imprescindível a recuperação e remuneração desses recursos aportados no empreendimento.

Nesse aspecto, as concessões de serviços públicos e os aqui estudados projetos complexos de concessão de uso de bens públicos se equivalem. Ainda que a atividade em si possa ser substancialmente distinta, com a prestação de um serviço mais marcadamente público nas concessões de serviços públicos justificando a incidência de um regime jurídico com maior presença estatal (notadamente na regulação tarifária) o fato é que, em ambos os casos, sob o ponto de vista econômico-financeiro as situações são equivalentes, se não idênticas.

Exige-se, do concessionário, a captação de recursos, próprios ou de terceiros, e sua aplicação no projeto, em investimentos normalmente

irrecuperáveis<sup>14</sup>, realizados em bens que reverterão ao patrimônio público ao final da concessão, recursos estes que são viabilizados exclusivamente em razão da expectativa, conferida pelo contrato, de que o concessionário poderá exercer o direito de exploração econômica do ativo público por longo prazo, permitindo a obtenção de receitas capazes de: suportar os custos operacionais e demais despesas incorridas, recuperar o investimento realizado e remunerar o capital empregado no projeto por taxa condizente com seu custo de oportunidade, já considerando os riscos incorridos pelo concessionário.

Isso demonstra a importância que o prazo dos contratos de concessão assume para assegurar sua viabilização do ponto de vista econômico-financeiro, de modo que, inexistindo a segurança na observância desse prazo estabelecido em contrato, inexistirá, por consequência, a segurança jurídica na principal premissa de atratividade do projeto.

E é justamente nesse ponto que tanto a Lei Federal nº 8.666/93 quanto a Lei Federal nº 14.133/2021 falham em conferir segurança jurídica adequada a esses contratos.

Isso porque, para as concessões de serviços públicos, a Lei Federal nº 8.987/95, em seus artigos 35 a 39, busca regular a extinção dos contratos de concessão a partir de uma ótica protetiva dos investimentos realizados pelos concessionários, com o objetivo de conferir segurança jurídica quanto à recuperabilidade dos investimentos realizados, quer seja por meio da própria exploração econômica do ativo público pelo prazo originalmente convencionado, quer seja, na hipótese de extinção antecipada da concessão, pelo pagamento de indenização em montante correspondente ao valor dos investimentos realizados em bens reversíveis, ainda não amortizados.

Há, ademais, uma preocupação com a proteção do concessionário face à eventual intenção expropriatória dos investimentos realizados, previamente à sua amortização, exigindo-se, para a encampação de um contrato de concessão de serviços públicos, a demonstração do interesse público na medida, a obtenção de prévia e específica autorização legislativa, e, adicionalmente, o pagamento de indenização ao concessionário, previamente à retomada dos serviços.

---

14 Normalmente referidos, na literatura econômica, como *sunk costs*.

Tais preocupações, repise-se, têm como fundamento o reconhecimento de que, nas concessões de serviços públicos, a recuperação e a remuneração do capital empregado no projeto depende da própria exploração, ao longo do tempo convencionado, do ativo público objeto da concessão, preocupação esta que não se faz presente nos contratos tradicionais de obras públicas, em que, em ritmo razoavelmente *pari passu* à execução dos investimentos, ocorre o pagamento do valor devido pela Administração Pública, a partir da medição dos serviços já realizados, o que reduz substancialmente o volume de capital já imobilizado e não pago e, portanto, exposto a risco.

Essa característica dos contratos de obra pública, igualmente presente em outros contratos de prestação de serviços ou aquisição de bens regidos pela legislação geral de licitações e contratações públicas, explica o fato de, nessas leis, não terem sido previstas grandes medidas protetivas dos interesses dos investidores na disciplina legal da extinção dos contratos administrativos.

Admite-se, nesse sentido, a rescisão unilateral do contrato após mera demonstração de razões de interesse público no âmbito de processo administrativo<sup>15</sup>, sem a exigência de prévia obtenção de autorização legislativa específica e, mais determinante, sem a obrigação de prévio pagamento de indenização calculada em função dos danos causados ao particular em razão dessa extinção antecipada do contrato.

Em realidade, no regime da Lei Federal nº 8.666/93, neste ponto equivalente à Lei Federal nº 14.133/2021, apenas se assegura ao contratado, quando a extinção não haja decorrido de sua culpa, o resarcimento dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, acrescido de eventuais pagamentos pendentes na data da rescisão e dos custos incorridos com a desmobilização. Esses pagamentos, contudo, não constituem condição prévia à extinção contratual e à retomada de seu escopo pela Administração Pública.

Não há, note-se, sequer previsão legal expressa a respeito de direitos de indenização na hipótese de extinção contratual por culpa do

---

<sup>15</sup> Cf. artigo 78, inciso XII, da Lei Federal nº 8.666/93, e artigo 137, inciso VIII, da Lei Federal nº 14.133/2021.

particular contratado, nem sequer quanto a eventuais pagamentos ainda não adimplidos na data da extinção contratual, embora, reconheça-se, tais pagamentos devam ser realizados ainda que na ausência de autorização legal expressa, de modo a não configurar enriquecimento indevido da Administração contratante.

Não é difícil perceber que tal disciplina é capaz de inviabilizar qualquer pretensão de atratividade econômica, se for aplicada aos projetos complexos de concessão de uso de bens públicos, capazes de demandar o emprego de bilhões de reais em investimentos no início do prazo contratual, amortizáveis apenas a partir da exploração econômica do imóvel público por dezenas de anos.

Veja-se, a título de exemplo, o projeto de concessão de uso do Complexo Constâncio Vaz Guimarães, ora em consulta pública no estado de São Paulo, cujos documentos projetam, no cenário referencial, investimentos da ordem de R\$ 962 milhões, 81% deles concentrados nos cinco primeiros anos do projeto, demandando um prazo de 35 anos de vigência contratual para permitir a amortização desses investimentos e a remuneração do capital empregado no projeto<sup>16</sup>.

É pouco crível que investidores, com capacidade econômico-financeira para captação de recursos dessa magnitude, tivessem a segurança jurídica necessária para realizar tais investimentos em imóvel público, reversível à posse da Administração Pública quando do encerramento do contrato, caso pudessem, a qualquer momento, ser surpreendidos com uma decisão administrativa de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público, sujeitando o direito à indenização pelos investimentos ainda não amortizados à conclusão de processo administrativo ou judicial, posterior à própria retomada do empreendimento.

A aplicação irrefletida de preceitos da Lei Federal nº 8.666/93, ou mesmo da recente Lei Federal nº 14.133/2021, acabaria por inviabilizar a estruturação de projetos com essas características<sup>17</sup>. Afigura-se,

---

16 Conforme Documento Referencial V – relatório econômico-financeiro preliminar e referencial, disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/146>. Acesso em: 3 ago. 2022.

17 Essa preocupação, inclusive, pode ter motivado alguns entes federativos a denominar como concessões de serviços públicos alguns contratos que, em sua natureza, dificilmente encontrariam fundamento para tal classificação. Cite-se, como exemplos, o Contrato

nesse sentido, necessária a aplicação analógica, no que couber, do regime jurídico previsto na Lei Federal nº 8.987/1995, cuja estrutura jurídica foi pensada justamente para contratos com características como as de projetos complexos de concessão de uso de bens públicos.

Tal aplicação encontra respaldo na jurisprudência e na doutrina especializada.

É possível citar, por exemplo, trecho do voto condutor do Acórdão do Tribunal Pleno, no Processo 00011116/989/16-1, de Exame Prévio de Edital, do Tribunal de Contas do estado de São Paulo:

O presente caso envolve concessão de uso de área pública, em que não há dispêndio de recursos públicos, razão pela qual a esses contratos não se aplicam muitos dos preceitos entabulados pela Lei Federal n.º 8.666/1993.<sup>18</sup>

O referido acórdão cita ainda Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>19</sup> que, em trabalho específico sobre concessões, afirma que:

A concessão de uso não tem fundamento legal único ou mesmo que possamos tratar como referência [...]. Isso não impede, porém, que parte da doutrina, na qual me incluo, defendia que as disposição [sic] da Lei 8.987/95 sejam aplicáveis, subsidiariamente, às concessões de uso.

No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão<sup>20</sup> traz o magistério de Pedro Costa Gonçalves<sup>21</sup>, professor da Universidade de Coimbra:

De fato, em relação a atividades econômicas *stricto sensu* exercitáveis em bens públicos, a concessão “se relaciona com a atribuição de direitos de gerir atividades que não são públicas, mas que, por estarem

---

de Concessão nº 01/SEME/2019, de concessão “dos serviços de modernização, gestão, operação e manutenção do Complexo do Pacaembu”, do município de São Paulo (SÃO PAULO. Contrato de concessão complexo Pacaembu. *Cidade de São Paulo: Governo, São Paulo*, 7 ago. 2020, n. p.).

18 SÃO PAULO. Tribunal Pleno (seção municipal). Exame prévio de edital processo n. 11116/989/16-1. Relator: Conselheiro-Substituto Samy Wurman, 24 de agosto de 2016, p. 6.

19 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 265.

20 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, Capítulo XV, item 2.

21 GONÇALVES, Pedro Costa. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 97 e 98.

conexas com bens públicos, não podem ser exercidas por qualquer pessoa. Estão, portanto, aqui em causa atividades materialmente privadas que, quando exercidas em certos locais (bens públicos), a lei reserva à Administração. [...] Embora esteja implicada uma utilização privativa de bens públicos, não é no entanto esse o objeto (principal) da concessão. De resto, é por isso que estas concessões criam vinculações especiais quanto ao exercício da atividade (“garantia de qualidade de serviço prestado aos utentes”) e não apenas quanto à utilização dos bens. [...] É por isso que, já há algum tempo, a doutrina se refere a um princípio de atração do regime das concessões dominiais pelo regime das concessões de serviços.

De forma semelhante, Marçal Justen Filho<sup>22</sup> afirma que nas concessões de uso de bem público “o particular é titular de garantias similares às reconhecidas ao concessionário de serviço público”.

Esse entendimento é, aliás, compartilhado por inúmeros entes federativos. Não são poucos os contratos de concessão de uso de bens públicos que, de forma expressa, arrolam a Lei Federal nº 8.987/95 dentre as normas aplicáveis à avença e, adicionalmente, emprestam deste diploma legal a disciplina quanto à forma de extinção contratual, inclusive quanto às regras de encampação, disciplinando contratualmente o tema da mesma forma como feito por estes mesmos entes federativos em típicas concessões de serviços públicos.

Podem ser citados, a título de exemplo, os contratos de concessão de uso do Vale do Anhangabaú<sup>23</sup> e do Complexo de Interlagos<sup>24</sup>, ambos do município de São Paulo; o contrato de concessão de uso do Complexo Maracanã<sup>25</sup>, do estado do Rio de Janeiro; o contrato de concessão de uso

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1013.

<sup>23</sup> Contrato de Concessão 18/SUB-SÉ/2021, do município de São Paulo. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/desestatizacao\\_projetos/vale\\_do\\_anhangabau/index.php?p=316053](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/desestatizacao_projetos/vale_do_anhangabau/index.php?p=316053). Acesso: 3 ago. 2022.

<sup>24</sup> Concorrência nº 009/SGM/2019, suspensa por determinação do Tribunal de Contas do município de São Paulo. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/desestatizacao\\_projetos/interlagos/index.php?p=287584](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/desestatizacao_projetos/interlagos/index.php?p=287584). Acesso em: 3 ago. 2022.

<sup>25</sup> Em fase de consulta pública. Disponível em: <https://www.concessaomaracana.rj.gov.br/documents>. Acesso em: 3 ago. 2022.

da Arena Independência<sup>26</sup>, do estado de Minas Gerais; e dos contratos de concessão de uso do Centro de Convenções<sup>27</sup> e do Zoobotânico<sup>28</sup>, ambos do estado do Piauí.

Tais posicionamentos foram firmados, há de se salientar, previamente à edição da Lei Federal nº 14.133/2021, que passou a incluir, expressamente, em seu âmbito de abrangência, as concessões de uso de bens públicos, ao contrário da Lei Federal nº 8.666/93, que apenas se referia, de forma expressa, às concessões de direito real de uso de bens públicos, instituto jurídico distinto do tratado neste artigo<sup>29</sup>.

Não obstante, portanto, o intérprete tenha de conviver com a realidade normativa segundo a qual, agora de modo expresso, as concessões de uso de bens públicos são regidas pela legislação geral de licitações e contratos administrativos, não há como se ignorar a realidade econômica sobre a qual são inseridas determinadas espécies de contratos administrativos, que demandam tratamento jurídico e contratual específico, sob pena de inviabilizá-los.

Assim, sem prejuízo da sujeição de tais contratos às normas contidas na Lei Federal nº 14.133/2021, essa subsunção deve se restringir exclusivamente aos pontos que forem estruturalmente compatíveis com a lógica jurídica e econômica dos contratos complexos de concessão de uso de bens públicos.

---

26 Contrato decorrente da Concorrência nº 01/2011. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos/contratos-assinados/independencia>. Acesso em: 3 ago. 2022.

27 Contrato nº 01/2021, do estado do Piauí. Disponível em: [http://www.ppp.pi.gov.br/pppteste/wp-content/uploads/2021/06/CONTRATO\\_-\\_CENTRO-DE-CONVEN%C3%87%C3%95ES.pdf](http://www.ppp.pi.gov.br/pppteste/wp-content/uploads/2021/06/CONTRATO_-_CENTRO-DE-CONVEN%C3%87%C3%95ES.pdf). Acesso em: 3 ago. 2022.

28 Concorrência nº 02/2020, ainda em licitação. Documentos disponíveis em: <https://sistemas.tce.pi.gov.br/muralic/detalhelicitacao.xhtml?id=451989>. Acesso em: 3 ago. 2022.

29 A concessão de direito real de uso de bem público é regulada, no âmbito federal, pelo Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, que confere ao seu titular, ao contrário do que ocorre em concessões de uso de bens públicos ou concessões de obra, um direito real, sendo destinada aos “fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas” (BRASIL. Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 2460, 28 fev. 1967, art. 7º).

Da mesma forma como não faz qualquer sentido, por mera aplicação literal do comando contido no artigo 105, caput, da Lei Federal nº 14.133/2021, exigir, para que se admita a celebração de contratos de concessão de uso de bens públicos com vigência superior a um exercício financeiro, que haja previsão no plano plurianual do planejamento de alocação de créditos orçamentários para essa finalidade, quando a lógica econômica desses contratos possa demonstrar a dispensabilidade do emprego de recursos públicos para sua viabilização, possibilitando inclusive a cobrança de outorga do concessionário do bem público, igualmente não guarda qualquer racionalidade exigir que a Administração Pública, de modo inafastável, reserve para si o direito de exercer as prerrogativas previstas nos artigos 137 e seguintes da Lei Federal nº 14.133/2021, sem que possa, no exercício de autolimitação dos poderes que a lei lhe assegura, optar por previsão contratual de regime jurídico que lhe confere prerrogativas menos amplas, porém mais compatíveis com a estrutura jurídica e econômica do negócio jurídico pretendido.

A adoção contratual, por exemplo, da disciplina prevista na Lei Federal nº 8.987/95 para a extinção de contratos de concessão de serviços públicos, nada mais significa do que a assunção, pela Administração Pública, de compromissos quanto à forma de cálculo de indenização nas diversas hipóteses de extinção antecipada do contrato, premissa esta que, relativamente às extinções motivadas por ato da Administração Pública, apenas detalha a norma contida no artigo 138, § 2º, da Lei Federal nº 14.133/2021 e, no que diz respeito às extinções motivadas por ato atribuível ao concessionário, confere concretude contratual ao princípio jurídico que veda o enriquecimento indevido de qualquer parte contratante, expressamente previsto no artigo 884 do Código Civil, e amplamente reconhecido como igualmente aplicável no âmbito do direito administrativo<sup>30</sup>. Ademais, estabelece compromissos quanto à observância de condições específicas para o exercício da prerrogativa de extinção unilateral do contrato administrativo por interesse público, definindo contratualmente que essa prerrogativa somente poderá ser exercida após a obtenção de autorização legislativa específica e prévio pagamento do montante calculado da indenização.

---

30 Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 319.

Trata-se de previsões contratuais que, sem contrariar qualquer disposição da legislação aplicável, adaptam o regime jurídico geral aplicável às licitações e contratações públicas aos aspectos peculiares desse modelo contratual, os quais demandam garantias mais incisivas em favor do particular para gerar a segurança jurídica necessária à atração dos investimentos privados que constituem o cerne dessa espécie de contratação pública.

### **3. PECULIARIDADES NA DISCIPLINA CONTRATUAL DE CONTRATOS DE CONCESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS**

Superado o tema relativo à legislação aplicável a essa espécie de contratos administrativos e demonstrados os aspectos que muito os aproximam dos contratos de concessão de serviços públicos, faz-se necessário apresentar os elementos que, por outro lado, distinguem sensivelmente essas espécies contratuais e, como consequência, tecer algumas considerações quanto às peculiaridades do modelo de concessão de uso de bens públicos que demandam grande atenção por parte dos responsáveis pela estruturação desses projetos.

Uma primeira distinção importante para compreender as peculiaridades desse modelo contratual é que nas concessões de serviços públicos, em regra, há uma maior rigidez, contratualmente estabelecida, quanto ao serviço público que deva ser prestado pelo concessionário, quanto à forma de sua exploração, e quanto aos investimentos mínimos que devam ser realizados para a prestação do serviço adequado, restrições estas que encontram fundamento na essencialidade do serviço público à população, demandando diretrizes menos flexíveis quanto às características mínimas do que deva ser ofertado aos usuários.

Já nas concessões de uso de bens públicos, ao menos ordinariamente, inexiste propriamente um serviço público prestado à população, mas um ativo público que, ainda que eventualmente destinado, total ou parcialmente, a alguma atividade de interesse público<sup>31</sup>, pode ser explorado economicamente com maior liberdade contratual pelo concessionário,

---

31 Temos como exemplos, no estado de São Paulo, a concessão de uso do Zoológico e do Jardim Botânico de São Paulo, e a concessão de uso do Complexo Constâncio Vaz Guimarães, ambas relativas a imóveis em que é explorada atividade relevante para o interesse público, com equipamentos voltados ao esporte, lazer, ou complemento educacional.

desde que atendidas as premissas fixadas em contrato com o objetivo de assegurar a preservação da destinação de interesse público almejada pela política pública definida para o local.

Há, naturalmente, situações em que concessões de uso de bens públicos estarão inseridas em contexto de promoção de políticas públicas que demandarão maior rigidez na definição das premissas de exploração do imóvel, da mesma forma que determinados serviços públicos podem, eventualmente, ser prestados em ambiente de maior flexibilidade contratual. Imaginando-se, todavia, os tipos ideais contratuais, a experiência prática demonstra que, em regra, concessões de uso de bens públicos são estruturadas com regras contratuais menos rígidas, e essa característica, embora não essencial ao modelo contratual, traz implicações práticas que devem ser compreendidas pelos atores públicos responsáveis pela estruturação do projeto, para adequada disciplina contratual.

Outra distinção, de significativo relevo, diz respeito à forma de definição dos preços para os serviços prestados pelo concessionário.

Nas concessões de serviços públicos, até mesmo em função do quanto determinado no artigo 6º da Lei Federal nº 8.987/95 sobre a modicidade tarifária almejada para esses serviços, as tarifas passíveis de cobrança pelo concessionário são, em regra, determinadas em contrato, quer por meio de valores fixos e preestabelecidos, quer mediante regime de limites máximos ao valor da tarifa que possa ser fixada pelo concessionário, conferindo-lhe liberdade para, observado esse limite, definir preços em função de variáveis como dias da semana, horários, perfis de usuários etc.

Já nas concessões de uso de bens públicos, ordinariamente o contrato é estruturado em um regime de liberdade, total ou parcial, para que o concessionário fixe os preços pelo uso das diversas atividades passíveis de cobrança na exploração econômica do imóvel público. Embora o regime contratual de cada projeto tenha suas particularidades<sup>32</sup>, ao menos

32 Nas mais recentes concessões de uso de bens públicos estaduais, o estado de São Paulo optou por assumir como premissa, em qualquer projeto, a liberdade de fixação de preços pelo concessionário. Não obstante, em alguns projetos exigiu a prática de gratuidades ou descontos tarifários para determinadas classes de usuários, com foco em aspectos sociais e de estímulo à educação ambiental, a exemplo do projeto de concessão de uso do Zoológico e do Jardim Botânico de São Paulo (vide Anexo XXIII) e dos projetos de concessão de uso do Parque Estadual Serra do Mar (projeto “Caminhos do Mar” – vide Anexo IX), e do Parque

para parcela das atividades econômicas exploradas no ativo público é comum que se confira, contratualmente, liberdade ao concessionário para fixar os preços para os serviços prestados aos usuários.

Nesses contratos é comum, ademais, que ao menos parcela das atividades econômicas exploradas pelo concessionário ocorram em ambiente de competição com outros agentes econômicos atuantes no mesmo setor.

Essas características, igualmente, trazem implicações bastante relevantes para a estruturação desses projetos, o que será detalhado adiante.

### **3.1. Flexibilidade contratual na definição das atividades econômicas exploradas no bem público, da forma de exploração e dos investimentos a serem realizados**

A primeira característica já mencionada, observada na maioria dos contratos de concessão de uso de bens públicos, e em alguns contratos de concessão de serviços públicos, é a de um ambiente de maior flexibilidade para que o concessionário decida quais serviços ou atividades econômicas que explorará no imóvel público objeto de concessão, a forma de exploração dessas atividades e os investimentos necessários para viabilizá-las.

A maior flexibilidade contratual decorre da percepção de que, em alguns projetos, não há imperativo de interesse público na determinação, *ex ante*, de quais são os serviços e atividades que devam, obrigatoriamente, ser prestados em determinado local, ou de uma única forma de realizá-lo. Ao contrário, há a compreensão de que, em muitos casos, o concessionário, ofertante de significativa outorga fixa como condição para a assunção do contrato, já terá os incentivos econômicos adequados para explorar economicamente o ativo público da forma que lhe permita extrair o maior valor do bem, amortizando

---

Estadual da Cantareira e Alberto Löfgren (vide Anexo IX). Já em outros projetos optou-se por exigir a oferta de determinadas atividades sem qualquer espécie de cobrança dos usuários, com liberdade na fixação de preços para o restante, a exemplo da gratuidade na fruição de equipamentos esportivos e de lazer no projeto de concessão de uso do Complexo Constâncio Vaz Guimarães (conforme exigência do artigo 4º, inciso IV, alínea “b”, da Lei Estadual nº 17.099/2019), ou da exigência de ingresso gratuito para a fruição dos parques urbanos Villa Lobos, Cândido Portinari e Água Branca.

os investimentos realizados e proporcionando a rentabilidade almejada, o que costuma ocorrer por meio da realização de investimentos em nível eficiente, explorando o imóvel de modo capaz de gerar atratividade aos seus potenciais usuários, atratividade esta que, em alguns casos, traduz a própria premissa de interesse público que justifica a preservação do imóvel como integrante do patrimônio público.

Em outras palavras, na concessão de uso de um imóvel público em que está situado um centro de exposições, por exemplo, pode ser suficiente apenas exigir que, naquele imóvel, permaneçam sendo exploradas atividades relacionadas a exposições, convenções e eventos, sem determinar, em contrato, quais investimentos devam ser realizados para atingir aquela finalidade, ou quais as formas contratualmente admissíveis para exploração do local<sup>33</sup>.

Naturalmente, não há nada que, conceitualmente, impeça que tal flexibilidade exista também nas concessões de serviços públicos, embora estas costumem demandar uma regulação mais rígida por parte do poder público para assegurar a prestação de serviço adequado à população, normalmente em razão da presença de uma relação de dependência entre o usuário e o serviço prestado, em função, sobretudo, do grau de essencialidade do serviço e da existência, ou não, de prestadores alternativos.

Não obstante, as considerações feitas a seguir têm como fundamento as características do objeto contratual que possibilitam maior flexibilidade na exploração do empreendimento, e não são, portanto, determinadas em abstrato apenas pelo tipo contratual, de modo que se aquela flexibilidade se fizer presente também em determinada concessão de serviços públicos, as mesmas cautelas devem ser observadas.

Pois bem. Tal flexibilidade, embora inegavelmente permita alcançar uma das principais finalidades buscadas com o modelo concessório, de trazer à exploração de imóveis públicos a experiência e a maior especialidade do setor privado, que pode vislumbrar formas de exploração

---

33 Vide, a esse respeito, as singelas diretrizes e restrições contidas no Anexo III do Edital de concessão de uso do centro de exposições Sálvio Pacheco de Almeida Prado (São Paulo Expo), que buscam apenas assegurar que no local sejam exploradas atividades com as características almejadas, sem impor ao concessionário uma única forma de exploração econômica do imóvel.

econômica do bem público mais eficientes, também traz desafios que não podem ser ignorados na estruturação contratual, notadamente na regulação contratual das regras aplicáveis à reversão do imóvel público ao concedente, ao final da vigência do contrato.

Isso porque, como não se sabe quais os investimentos que serão, ao longo do tempo, realizados no imóvel público – eis que dependentes das decisões empresariais do concessionário quanto à forma de exploração desse bem, dentro das margens de liberdade que lhe sejam conferidas pelo contrato –, não há como, contratualmente, definir precisamente quais serão os bens que deverão reverter ao patrimônio público ao final da concessão, demandando, inevitavelmente, uma disciplina genérica que busque, conceitualmente, definir quais bens serão considerados como incorporados ao ativo público, e quais poderão ser retirados pelo concessionário.

Naturalmente, o concessionário buscará atuar de acordo com a alternativa que lhe proporcionar melhor rentabilidade, pois terá os incentivos econômicos para tanto. Inexistindo, por exemplo, regulação contratual que trate da matéria, pode preferir o emprego de estruturas temporárias, removíveis ao final da concessão, do que o investimento em infraestruturas fixas que acedam, fisicamente, ao imóvel público, caso compreenda que estas reverterão ao estado, e aquelas não.

A preocupação do poder público, nesse cenário, deve ser a de assegurar que, ao final da concessão, o bem público reverta à posse pública, para exploração direta ou nova concessão, em condições equivalentes às que vinham sendo utilizadas pelo concessionário para o exercício das atividades econômicas desempenhadas no local, de modo a viabilizar a continuidade da exploração econômica do imóvel público, sem alterações significativas exclusivamente em função do encerramento contratual. De outro lado, contudo, não há como se ignorar que determinadas atividades econômicas demandam, de fato, em decisões economicamente racionais, estruturas temporárias que permitam adaptar o local a usos distintos e não permanentes.

Cite-se, a título de exemplo, as necessárias adaptações em uma arena multiuso, como a prevista no projeto de concessão de uso do Complexo Constâncio Vaz Guimarães, a depender do tipo de evento

realizado no local, substituindo-se equipamentos e estruturas adequadas a um evento esportivo por outras necessárias à realização, na sequência, de eventos musicais ou apresentações circenses. São mudanças que envolvem aspectos dos mais distintos, incluindo posicionamento de arquibancadas, sistemas de som e iluminação, estruturas de palco etc.

Como definir, nesses contratos, quais desses bens reverterão ao patrimônio público? Todos os distintos sistemas de som, iluminação e arquibancadas provisórias devem, necessariamente, reverter? E se o concessionário optar por explorar, no imóvel público, estrutura que jamais havia sido cogitada pela Administração Pública, de modo que, quanto a este uso, inexista viabilidade de uma definição contratual, antecipadamente, com tamanho nível de detalhamento?

É um desafio bastante significativo. Veja que, para esses assuntos, não basta a menção genérica, comum aos mais diversos contratos de concessão de serviços públicos, de que reverterão ao concedente aqueles bens, instalações e equipamentos “vinculados à concessão, incluindo aqueles transferidos à concessionária e os por ela adquiridos”<sup>34</sup>. Naturalmente, pode-se argumentar que todos os bens que, em algum momento, tenham sido empregados nas atividades desenvolvidas no bem público seriam, para fins dessa cláusula contratual, “vinculados à concessão”, embora igualmente seja possível argumentar que, não sendo tais bens incorporados, fisicamente, ao imóvel público, e sendo utilizados apenas pontualmente quando de determinadas atividades, não comporiam a estrutura física reversível ao patrimônio público ao final da concessão.

A despeito, portanto, das possíveis argumentações de parte a parte, é certo que o desejável é que o contrato discipline adequadamente a matéria, reduzindo os espaços para divergências entre as partes quando do encerramento contratual.

A disciplina da matéria é, conforme já mencionado, desafiadora. Não obstante, passo relevante parece ter sido dado pela minuta contratual

---

34 Essa expressão, com eventuais variações não dignas de nota, repete-se em inúmeros contratos de concessão de serviços públicos ou de concessão de uso de bens públicos. Representa, em alguma medida, previsão contratual análoga à norma contida no artigo 35, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/95.

submetida à consulta pública no projeto de concessão de uso do Complexo Constâncio Vaz Guimarães, cuja Cláusula Décima Quarta não apenas detalha, mais pormenorizadamente, quais bens serão compreendidos como reversíveis, de forma já adaptada à realidade daquela concessão específica<sup>35</sup>, assim como aqueles que não serão reversíveis<sup>36</sup>, mas também apresenta relevante disciplina a respeito das já mencionadas estruturas provisórias destinadas a eventos, indicando que estas não serão reversíveis, salvo se tiverem permanecido instaladas no local “por período superior a 6 (seis) meses nos últimos 24 (vinte e quatro) meses de vigência da CONCESSÃO”<sup>37</sup>.

Busca-se, com isso, endereçar a preocupação de que o concessionário, querendo furtar-se à reversibilidade de determinada estrutura de eventos, retire do imóvel público no momento da reversão estrutura que, embora não acedida fisicamente ao imóvel, tenha sido constantemente utilizada ao longo do período final da concessão, demonstrando sua utilidade para a prestação futura dos serviços.

Não há, note-se, disciplina contratual que vá se mostrar adequada para todos os projetos, mas há maneiras de avançar no detalhamento do tema, embora com cautelas para não criar regulação incompatível com a própria flexibilidade de investimentos concebida para o projeto. Para tanto, recomenda-se que o contrato reconheça que os agentes econômicos, invariavelmente, atuarão de acordo com os incentivos a que são submetidos, condição esta que pode ser explorada na regulação contratual de modo a identificar situações em que os

35 A Cláusula 14.1, inciso (ii), por exemplo, arrola dentre os bens reversíveis “a infraestrutura permanente e fixa (cabeamento, quadros de distribuição, pontos de conexão, etc.) e respectivos componentes hidráulicos, rede de tecnologia da informação, elétrica, de som, de imagem e de iluminação”, “os sistemas e equipamentos de climatização, hidráulico e de energia”, “os sistemas de tecnologia da informação, incluindo equipamentos de circuito fechado de TV (CFTV), painéis de mensagens dinâmicas e sistema de comunicação por áudio” e “equipamentos eletrônicos parte das edificações” (SÃO PAULO. Anexo I: contrato de concessão de uso de bem público conjunto desportivo “Constâncio Vaz Guimarães”. São Paulo: Secretaria de Esportes do Estado de São Paulo, 2020, p. 30), demonstrando maior atenção quanto a aspectos que poderiam suscitar divergências futuras de interpretação contratual, em relação à recorrente menção genérica àqueles bens e equipamentos “vinculados à concessão”.

36 Conforme Cláusula 14.2.

37 Ibidem, p. 31.

incentivos econômicos possam levar o concessionário a adotar posturas incompatíveis com o interesse público. Em tais situações, será necessário um regramento específico no contrato para conduzir o comportamento à direção almejada.

As cláusulas contratuais relativas à reversibilidade de bens, portanto, devem ser redigidas de modo a, de um lado, conferir ao concessionário a segurança jurídica quanto ao que, ao final, será exigido em termos de reversibilidade, permitindo-lhe formular propostas com ciência quanto à possibilidade, por exemplo, de uso de estruturas efetivamente provisórias na exploração de determinados serviços ou atividades, assegurando que tais estruturas não serão posteriormente assumidas como reversíveis e, portanto, evitando impor-lhe ônus não conhecido quando da formulação de sua proposta. De outro lado, deve conter mecanismos capazes de evitar que o concessionário se furte, mediante artifícios como o desmonte de estruturas utilizadas ao longo de período relevante do projeto, à reversibilidade de bens utilizados ao longo da concessão para a exploração econômica do imóvel, os quais podem ser tomados pela Administração Pública como úteis ou imprescindíveis à continuidade da exploração do ativo público revertido.

### **3.2. Impactos do regime de liberdade de preços e da atuação em ambiente concorrencial**

Conforme já mencionado, aspecto bastante comum em concessões de uso de bens públicos, embora não seja inerente e essencial ao modelo contratual, é o fato de ser conferida, ao concessionário, liberdade para fixação dos preços cobrados dos usuários em razão dos serviços prestados e das demais atividades econômicas exploradas no local. Essa característica, em regra, vem acompanhada da inserção do objeto da concessão em um contexto concorrencial, que inclusive promove as forças de mercado que viabilizam a própria previsão dessa liberdade na fixação de preços pelo concessionário.

Não obstante as concessões de serviços públicos, em sua maioria, tenham por objeto serviço prestado sobre infraestrutura essencial, o que impõe intensa regulação estatal para corrigir as falhas de mercado potencialmente decorrentes da atuação de concessionários em regime

de monopólio natural, não há qualquer incompatibilidade conceitual entre concessões de serviços públicos e um regime de liberdade de preços, sendo possível identificar alguns setores em que a atuação do concessionário sofre, em alguma medida, significativos efeitos de forças concorrenceis<sup>38</sup>, o que poderia, em tese, justificar projetos em que inexista regulação das tarifas por parte do poder concedente.

De todo modo, quer nesses peculiares projetos de concessão de serviços públicos em que inexiste determinação de patamar tarifário, quer em boa parcela das concessões de uso de bens públicos nas quais é conferida liberdade contratual para fixação dos preços, essa característica traz implicações de extrema relevância para a modelagem contratual, em especial quanto à alocação de riscos entre as partes e quanto às formas de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em linhas gerais, a modelagem contratual, como um todo, deve ser adaptada à própria circunstância de a atividade econômica desenvolvida pelo concessionário ocorrer em um ambiente concorrencial, e ao fato de o concessionário já possuir, contratualmente, autorização para variar os preços praticados nos serviços à luz das forças concorrenceis de mercado, das variações de demanda e das diversas circunstâncias supervenientes à contratação, liberdade esta inexistente nas concessões em que os preços ou tarifas são contratualmente determinados pelo poder concedente.

A título de exemplo, diversas das garantias contratualmente conferidas aos concessionários de serviços públicos, a exemplo do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro diante de alguns eventos supervenientes, somente encontram fundamento lógico na circunstância de que tais concessões, com a tarifa fixada e controlada pelo poder concedente, não conferem ao concessionário mecanismos aptos a suportar, sem desequilíbrio contratual, a superveniência desses eventos. O concessionário, em regra, encontra-se impedido pelo contrato de, por decisão própria, repassar aos preços eventuais aumentos de

---

38 Vide, por exemplo, as infraestruturas aeroportuárias voltadas à aviação regional, cujos serviços de aviação regular concorrem, em larga medida, com alternativas de deslocamento rodoviário disponíveis ao usuário, gerando alguma elasticidade da demanda em função de variações nos custos das passagens aéreas.

custo, de modo que se atribui ao poder concedente a decisão de autorizar tal repasse, mediante reequilíbrio econômico-financeiro por aumento de tarifas, ou de suportar esse aumento de custo por meio de outros mecanismos, em prol da modicidade tarifária, a exemplo de indenizações ou prorrogação do prazo da concessão.

Todos os agentes econômicos, qualquer que seja o setor de atuação, estão sujeitos à influência de fatores que possam, de modo mais ou menos previsível, afetar os custos e a expectativa de rentabilidade da atividade econômica que exercem. Entretanto, ao contrário dos concessionários de serviços públicos, com tarifa regulada pelo poder concedente, tais agentes econômicos possuem, em regra, ampla liberdade para fixar os preços cobrados dos contratantes de seus serviços, de modo que, ainda que premidos por circunstâncias de mercado e fatores concorrenenciais, podem repassar a tais preços eventuais variações nos custos de suas atividades.

Essa variabilidade de preços, em face da variação de custos, constitui mecanismo extremamente relevante para o funcionamento do mercado concorrencial, e qualquer elemento capaz de interferir no seu funcionamento deve ser avaliado em função de seus impactos concorrenenciais.

Vide, exemplificativamente, a garantia legal, prevista no artigo 9º, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/95, que, conforme normalmente interpretada, asseguraria o reequilíbrio econômico-financeiro de qualquer contrato de concessão de serviços públicos na hipótese de “criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta”<sup>39</sup>, de comprovado impacto sobre a concessão.

Trata-se de previsão semelhante à encontrada no artigo 65, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/93, e no artigo 134 da Lei Federal nº 14.133/2021, ambos comumente lidos como responsáveis por assegurar, nos contratos celebrados pela Administração Pública, o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro na hipótese de ocorrer, “após a data

<sup>39</sup> BRASIL. Lei n. 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, art. 9º.

da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados”<sup>40</sup>.

Ocorre que tais dispositivos legais não asseguram o direito, irrestrito, ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, impondo a alocação contratual desse risco, inevitavelmente, ao poder concedente. Ao contrário, todos os dispositivos legais citados apenas determinam que, na ocorrência dessa alteração da legislação tributária, os *preços contratados* (no caso das Leis Federais nº 8.666/93<sup>41</sup> e 14.133/2021<sup>42</sup>) ou a *tarifa* (no caso da Lei Federal nº 8.987/95<sup>43</sup>) deverão ser alterados ou revistos, para mais ou para menos, de modo a neutralizar o impacto da variação tributária.

Ora, em concessões que tenham por premissa a liberdade contratual do concessionário para fixação de preços, não há sequer esse elemento de *preços contratados* ou de *tarifas*, que possam ser revistos ou alterados em razão da alteração da legislação tributária. Ao revés, ao concessionário já é conferida liberdade contratual para a fixação dos preços cobrados dos destinatários de sua atividade econômica, o que lhe permite, a seu critério e sujeito às eventuais forças concorrenenciais, variar os preços praticados para fazer face à nova realidade de incidência tributária sobre suas atividades.

---

40 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1-23, 1 abr. 2021, art. 134.

41 “Artigo 65 [...] §5º – Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, *implicarão a revisão destes* para mais ou para menos, conforme o caso” (BRASIL. Lei n. 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. 8369, 22 jun. 1993, art. 65, grifo nosso).

42 “Artigo 134 – Os *preços contratados* serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados” (BRASIL, 2021, art. 134, grifo nosso).

43 “Artigo 9º, § 3º – Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, *implicará a revisão da tarifa*, para mais ou para menos, conforme o caso” (BRASIL, 1995, art. 9º, grifo nosso).

Diante desse contexto, atribuir ao poder concedente, nesses projetos, o risco de variação da legislação tributária acaba por gerar significativas distorções na regulação contratual e, adicionalmente, potenciais impactos no contexto concorrencial em que está inserido o projeto. Isso porque alterações na legislação tributária não são específicas para determinado projeto, mas impactam todos os agentes econômicos atuantes no mesmo setor.

Assim, impactados por eventual elevação na carga tributária, por exemplo, os agentes econômicos concorrentes do concessionário terão de suportar tais tributos e incorporá-los em sua realidade econômica, quer elevando os preços cobrados de seus consumidores ou usuários, quer suportando tal impacto mediante redução da lucratividade da atividade, na hipótese de inviabilização de repasse aos preços.

Caso assegurado ao concessionário, diante dessa realidade, o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, neutralizando por algum mecanismo decidido pelo poder concedente o impacto econômico-financeiro decorrente da alteração da legislação tributária, esse concessionário deixaria de suportar o impacto resultante dessa elevação da carga tributária, de modo que lhe seria conferida vantagem concorrencial não extensível aos demais atores atuantes no segmento.

Em termos práticos, diante de tal reequilíbrio decorrente da alteração da legislação tributária, caso todos os atores econômicos, incluindo o concessionário, elevassem os preços, isso resultaria em maior rentabilidade para o concessionário, em relação aos concorrentes. Por outro lado, caso nenhum dos atores, incluindo o concessionário, repassasse tais aumentos da carga tributária aos preços, isso reduziria as margens de rentabilidade dos concorrentes, em relação ao concessionário. Por fim, caso todos os concorrentes decidissem por repassar o aumento de custos aos preços, e o concessionário persistisse praticando preços não onerados pela elevação da carga tributária, ele teria uma vantagem competitiva artificial frente aos concorrentes.

Em realidade, ao definir, contratualmente, um regime de liberdade na fixação de preços por parte do concessionário, o poder concedente já está, antecipadamente, anuindo com o livre exercício, pelo concessionário, da prerrogativa de variação dos preços praticados em função

dos serviços prestados, de modo que passa a se revelar inaplicável a determinação legal de revisão dos preços contratados, ou da tarifa, em decorrência de mudanças na legislação tributária.

O mesmo, aliás, deve ser dito com relação a outros potenciais eventos supervenientes cujos impactos não sejam específicos à concessão, mas ocorram sobre todo o setor econômico em que está inserido seu escopo, a exemplo do risco habitualmente denominado de *fato do princípio*, caracterizado por constituir uma determinação estatal de caráter geral, cujos impactos não são específicos à concessão, mas afetam toda a economia ou determinado setor econômico, de maneira que suas consequências, em regra, devem ser suportadas pelo concessionário, a partir de sua liberdade de fixação dos preços para seus serviços, da mesma forma que o farão todos os demais concorrentes atuantes no mesmo segmento.

Outra peculiaridade de considerável importância, igualmente presente nesses projetos em que é conferida ao concessionário a prerrogativa, total ou parcial, de fixação dos preços para os serviços, diz respeito aos mecanismos adequados para o reequilíbrio econômico-financeiro desses contratos, quando devido.

Para os contratos que contemplem plena liberdade ao concessionário para fixação dos preços, não parece haver maiores dificuldades, eis que evidente a impossibilidade de emprego, dentre os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro, de alternativas relacionadas à variação no valor dos preços ou tarifas contratuais, inexistentes nesse modelo contratual.

O desafio reside, entretanto, nos contratos em que essa liberdade de fixação de preços é limitada pelo próprio contrato, notadamente em contratos que prevejam limites máximos para os preços praticados pelo concessionário.

Nesses contratos, o uso como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro da alteração desses limites quanto aos preços que possam ser praticados, é alternativa bastante delicada, que somente pode ser utilizada em circunstâncias muito específicas, e com a devida cautela, tanto em razão da potencial ineficácia da medida para fins de efetivo reequilíbrio contratual, quanto em razão de potenciais impactos concorrenenciais do uso inadequado do mecanismo.

Imagine-se, a título de exemplo, uma concessão de infraestrutura aeroportuária com perfil de atendimento de voos regulares regionais, cuja demanda responda, em alguma medida, às alternativas de deslocamento proporcionadas por transporte rodoviário, e cujo contrato estabeleça regime de livre fixação das tarifas, observado o teto tarifário contratual<sup>44</sup>.

Na hipótese de, por força de estratégia empresarial ou de imposições concorrenenciais, o concessionário praticar tarifas em valores inferiores ao teto tarifário contratual, a elevação do teto tarifário como ferramenta para reequilíbrio contratual não traria qualquer efeito econômico-financeiro efetivo sobre seu fluxo de caixa, apenas elevando o limite contratual de preços que, em tese, poderiam ser praticados, mas que não o são em razão, por exemplo, de pressões concorrenenciais.

Do mesmo modo, há que se considerar que ainda que o concessionário esteja praticando tarifas equivalentes ao teto tarifário, e que haja margem para elevação dessas tarifas sem perda significativa de demanda, viabilizando, em consequência, que a elevação do teto tarifário gere os almejados efeitos sobre o fluxo de caixa da concessão, reequilibrando o contrato, esse reequilíbrio demanda a projeção dos efeitos dessa elevação tarifária por todo o prazo futuro da concessão, e não há como se assegurar que, ao longo de todo esse prazo restante, o mesmo cenário de conforto concorrencial subsista, de modo a permitir que o concessionário persista praticando preços em patamar equivalente ao teto tarifário sem que tenha de, em algum momento, reduzi-los em virtude do surgimento de alternativas de deslocamento dos usuários de seus serviços.

Esses exemplos demonstram como a variação no valor do teto tarifário pode, em determinadas circunstâncias, não constituir mecanismo apto ao efetivo reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão submetidos a tal regime de fixação dos valores das tarifas. Não é por outra razão que, no estado de São Paulo, na concessão do serviço público de exploração dos complexos aeroportuários (Bloco Noroeste e Bloco Sudeste), licitada em 2021, optou-se por

---

44 Foi esse o regime adotado, na Concorrência Internacional nº 01/2021, nos dois lotes de concessão dos complexos aeroportuários (Bloco Noroeste e Bloco Sudeste) do estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/139>. Acesso em: 3 ago. 2022.

restringir o uso desse mecanismo, exclusivamente, à hipótese de decisão consensual entre poder concedente e concessionário, excluindo-o do rol de mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro que possam ser eleitos, unilateralmente, pelo poder concedente<sup>45</sup>.

Por fim, um último ponto digno de nota, quanto a esses contratos de concessão de serviços públicos submetidos a regime de teto tarifário, quando inseridos em ambiente efetivamente concorrencial, é que, em tese, a eles são aplicáveis as mesmas considerações apresentadas anteriormente quanto à alocação de riscos relativos a eventos supervenientes que atinjam todo o setor econômico em que são praticadas as atividades em regime de concorrência.

Todavia, ao contrário das concessões com preços livres, em que o adequado, conforme referido acima, é a alocação desses riscos ao concessionário, eis que lhe é outorgada a prerrogativa de fixação dos preços para os serviços prestados, nas concessões de serviços públicos submetidos a regime de teto tarifário a recomendação é de atribuição desses riscos ao poder concedente, com a peculiaridade, entretanto, de que deve ser contratualmente definido que tais riscos, se materializados, deverão obrigatoriamente ser reequilibrados mediante variação no valor do teto tarifário. Isso permite simular, para esses contratos, o comportamento de repasse aos preços dos usuários usualmente observado nas demais atividades econômicas impactadas pelos mesmos eventos de elevação dos custos, preservando, portanto, o equilíbrio concorrencial.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe uma análise sobre o regime jurídico aplicável aos contratos de concessão de uso de bens públicos, buscando mostrar a inadequação da aplicação irrestrita a esses contratos da legislação geral de licitações e contratações públicas, ignorando as similaridades entre tais contratos, quando complexos e de longo prazo, e os contratos de concessão de serviços públicos. Defende-se, diante desse contexto, a aplicação analógica de alguns preceitos da Lei Federal nº 8.987/95, nos pontos em que a Lei Federal nº 8.666/93 e a Lei Federal nº 14.133/2021 se

---

<sup>45</sup> Conforme Cláusulas 23.1 e 23.2 da minuta de contrato.

mostram absolutamente incompatíveis com a lógica econômica e jurídica desses contratos complexos de concessão de uso de bens públicos, notadamente quanto à regulação jurídica de sua extinção antecipada.

Demonstrada a similaridade desses contratos com as concessões de serviços públicos, e definida a legislação aplicável, foram apresentados, por outro lado, os aspectos que distinguem esses modelos contratuais, e que precisam ser adequadamente compreendidos quanto às suas consequências, de modo a não conduzir a distorções na regulação contratual, ou mesmo no ambiente concorrencial em que é inserida a atividade econômica desenvolvida no ativo público.

Foram apresentadas, assim, as peculiaridades comumente encontradas nos contratos de concessão de uso de bens públicos. Tais peculiaridades são, de um lado, representadas por uma maior liberdade e flexibilidade na definição, pelo concessionário, das atividades econômicas que serão desempenhadas no bem público concedido, da forma de exploração dessas atividades e dos investimentos necessários para realizá-las, o que traz significativos impactos na disciplina contratual de reversão dos bens empregados na concessão. De outro lado, nesse modelo contratual costuma ser observada uma ampla liberdade de fixação de preços pelo concessionário, o que, por sua vez, traz consideráveis consequências nas premissas de alocação de riscos do contrato, demandando a alocação, ao concessionário, de riscos tradicionalmente alocados ao poder concedente em concessões de serviços públicos, a exemplo dos riscos de alteração da legislação tributária e de ocorrência de fato do princípio.

Com as considerações apresentadas neste artigo, buscou-se demonstrar que os modelos contratuais de concessão de serviços públicos e de concessão de uso de bens públicos de fato assemelham-se em diversos aspectos, demandando uma disciplina legal e contratual harmoniosa e condizente com as características estruturais dessas formas de contratação do poder público. Não obstante, possuem significativas diferenças entre si, que, se não decorrem direta e inequivocamente dos modelos contratuais em abstrato, derivam da forma como eles costumam ser estruturados concretamente nos diversos entes federativos, diferenças estas que impõem adaptações na disciplina contratual de modo a não desnaturar a capacidade do próprio modelo contratual eleito pelo poder público de promover a política pública pretendida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2460, 28 fev. 1967.
- BRASIL. Lei n. 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. 8369, 22 jun. 1993.
- BRASIL. Lei n. 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 1 de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1-23, 1 abr. 2021.
- GONÇALVES, Pedro Costa. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei n. 8.666: um jogo de dados viciados. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-37, 2012/2013.
- SÃO PAULO. **Anexo I: contrato de concessão de uso de bem público conjunto desportivo “Constâncio Vaz Guimarães”**. São Paulo: Secretaria de Esportes do Estado de São Paulo, 2020.
- SÃO PAULO. Contrato de concessão complexo Pacaembu. **Portal Cidade de São Paulo**, São Paulo, 7 ago. 2020. Disponível em:

<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/projetos/desestatizacao/pacaembu/index.php?p=284149>. Acesso em: 3 ago. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal Pleno (seção municipal). **Exame prévio de edital processo n. 11116/989/16-1.** Relator: Conselheiro-Substituto Samy Wurman, 24 de agosto de 2016. Disponível em: [http://www2.tce.sp.gov.br/arqs\\_juri/pdf/554431.pdf](http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/554431.pdf). Acesso em: 3 ago. 2022.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição.** 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

# O INSTITUTO JURÍDICO DA TRANSFERÊNCIA DE CONCESSÃO E SUA RELEVÂNCIA PARA A RETOMADA DA PPP DA LINHA 6 DO METRÔ DE SÃO PAULO

Diego Brito Cardoso<sup>1</sup>

Lucas Pessoa Moreira<sup>2</sup>

Marcello Garcia<sup>3</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – O instituto jurídico da transferência de concessão; 3 – Da incompletude dos contratos administrativos e da importância do instituto da transferência da concessão; 4 – Da desnecessidade de licitação para a transferência da concessão e de sua consequente constitucionalidade; 5 – Do julgamento da ADI nº 2946 perante o STF; 6 – Da importância do instituto jurídico da transferência da concessão: o caso da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo; 7 – Dos possíveis mecanismos contratuais para solucionar situações de

- 
- 1 Procurador do estado de São Paulo, com atuação na Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito do Estado pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
  - 2 Procurador do estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP.
  - 3 Procurador do estado de São Paulo, com atuação na Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Especialista em Direito Administrativo pela FGV-SP. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

impasse como a experimentada pela paralisação das obras da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo; 8 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** Por serem contratos complexos, geralmente de longuíssimo prazo e envolvendo vultosos investimentos, os contratos de concessão devem ser inseridos dentro da lógica subjacente à tomada de decisão empresarial de participar de tais ajustes. Tendo como pano de fundo a discussão em torno do julgamento da ADI nº 2946, perante o Supremo Tribunal Federal, o presente artigo visa analisar o instituto da transferência da concessão e demonstrar não apenas a sua constitucionalidade, mas também a sua importância para as concessões. Como forma de demonstrar tal importância, serão expostos os principais aspectos relacionados à transferência da Parceria Público-Privada da Linha 6 do Metrô de São Paulo, o que possibilitou a retomada de sua implantação após 4 (quatro) anos de paralisação. Por fim, serão elencados alguns mecanismos contratuais que, ao menos em tese, podem ajudar o Poder Concedente a abreviar situações de impasse que coloquem em risco a continuidade de contratos de concessão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transferência de concessão. Incompletude contratual. Constitucionalidade.

---

## 1. INTRODUÇÃO

No início do mês de agosto de 2021, o meio jurídico e empresarial do país foi surpreendido pelo início do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 2946<sup>4</sup>, que objetiva a declaração de inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), que prevê a possibilidade de transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária, em razão de uma suposta contrariedade ao dever de licitar disposto no artigo 175 da Constituição Federal.

Proposta pela Procuradoria-Geral da República em 2003 e sem nenhum voto proferido até então, a ADI nº 2946 recebeu dois votos pela

---

<sup>4</sup> Ainda não finalizado até a conclusão deste artigo.

sua procedência, tendo o Exmo. Ministro Dias Toffoli, acompanhado pelo Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, entendido inicialmente pela inconstitucionalidade da transferência da concessão de serviço público<sup>5</sup>, para pessoa jurídica diversa, sem a realização de licitação.

Em apertada síntese, o Exmo. Ministro Dias Toffoli entendeu, naquele primeiro momento, que a transferência de concessão violava o artigo 175 da Constituição, ao permitir que, por vias transversas, um terceiro adquira a condição de concessionário de serviço público sem ter participado previamente do respectivo procedimento licitatório, uma vez que “quem participou da licitação foi o concessionário, e não um terceiro estranho que não participou do certame”.

Na tentativa de amenizar o impacto de sua decisão, o Ministro propôs então que, em até 2 (dois) anos contados da sessão de julgamento, todas as transferências de concessão já realizadas fossem relimitadas.

Como diria o ex-ministro da Fazenda Paulo Malan, no Brasil até o passado é incerto.

Acarretando um cenário de grande insegurança jurídica, o primeiro voto do Ministro Dias Toffoli deixou o mundo jurídico perplexo, acarretando uma enxurrada de colunas criticando a decisão proferida<sup>6</sup>.

Como sabido por todos, a concessão é uma das alternativas de que dispõe o Estado para formalizar a comunhão entre os diversos segmentos da sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana.

---

5 Cumpre ressaltar que, na opinião dos autores, não existe óbice para que o artigo 27 da Lei nº 8.987/95 seja aplicado a qualquer tipo de concessão, e não apenas concessão de serviços públicos.

6 Dentre eles, destaque-se: (i) “É constitucional transferir contratos de concessão”, publicado na coluna “publicistas” do Jota, por diversos especialistas na matéria, como Carlos Ari Sundfeld, Egon Bockmann Moreira, Floriano de Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm, Marçal Justen Filho, dentre outros, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/e-constitucional-transferir-contratos-de-concessao-17082021>; (ii) “A insegurança jurídica na transferência de contratos de concessão”, publicado no CONJUR, disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-set-03/opiniao-inseguranca-juridica-transferencia-contratos-concessao> e (iii) “ADI 2946 e a constitucionalidade da transferência de concessões – delimitando as bases de discussão”, publicado na coluna INFRADebate, da Agência INFRA.

De fato, a concessão é uma alternativa para a realização de valores constitucionais fundamentais<sup>7</sup>.

Além disso, os contratos de concessão de serviços públicos instrumentalizam operações complexas de cooperação entre Poder Público e Particular, enfeixando repercussões econômicas e sociais relevantes, assim como a materialização de não menos importantes valores constitucionais.

Tais características dos contratos de concessão, aliadas à sua longa duração, aos altos investimentos envolvidos e à sua importância para a população, impõem um maior cuidado não apenas em relação à estrutura financeira das avenças e à criação de mecanismos que assegurem a prestação adequada do serviço público, sem descontinuidade, mas também na análise da compatibilidade, em face da Constituição Federal, das diversas disposições legais aplicáveis.

Assim, no bojo da discussão travada nos autos da ADI nº 2946, a qual, a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes e da alteração do voto inicialmente proferido pelo Ministro Dias Toffoli, foi julgada totalmente improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, o presente artigo buscará analisar o instituto da transferência de concessão e convencer o leitor de sua grande utilidade para os projetos de concessão e parcerias público-privadas do país.

Para tanto, além de expor as suas características e requisitos, defenderemos a sua constitucionalidade, demonstrando que tal provisão não pressupõe a realização de uma nova licitação, sem que tal situação configure qualquer violação ao dever de licitar previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

Cumpridas tais tarefas, exporemos o caso da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo que, após ter suas obras paralisadas por praticamente 4 (quatro) anos em razão da falta de capacidade financeira dos acionistas da Concessionária, foi retomada após a sua transferência para um novo grupo empresarial.

Finalizando o artigo, sugeriremos a adoção de algumas cláusulas contratuais que, ao menos em tese, podem ajudar o Poder Concedente a evitar que,

---

<sup>7</sup> FILHO, Marçal Justen. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.

em razão de alguma condição desfavorável (técnica, financeira ou jurídica) da concessionária ou de seus sócios, os serviços concedidos sejam paralisados, com o consequente risco de decretação de caducidade da concessão.

Por óbvio, a superação de tal cenário é possível apenas quando a manutenção do contrato de concessão se demonstrar a medida mais vantajosa ao interesse público e quando a transferência da concessão ou do controle acionário for providência suficiente para a retomada da concessão, desde que inexistente qualquer indício de fraude, considerando-se o caso concreto.

## 2. O INSTITUTO JURÍDICO DA TRANSFERÊNCIA DE CONCESSÃO

Os contratos de concessão refletem operações empresariais complexas, com risco e investimentos elevados, geralmente de longo prazo, pelo que deve ser reconhecida a impossibilidade material de antever todas as soluções empresariais e econômicas para os problemas e as variações que se verificarão ao longo do prazo da concessão.

Ciente de tal realidade e da usual impossibilidade de descontinuidade na prestação de serviços públicos, o legislador previu o instituto jurídico da transferência ou cessão da concessão expressamente no art. 27 da Lei Federal nº 8.987/95 (Lei Federal de Concessões)<sup>8</sup> para situações nas quais tal providência, além de não configurar risco à continuidade do objeto delegado, seja de interesse legítimo da concessão ou da Concessionária, por exemplo, numa situação de dificuldade financeira dos acionistas da Concessionária ou falta de interesse empresarial no prosseguimento do investimento no contrato de concessão.

A Lei Estadual de Concessões (Lei Estadual nº 7.835/92), por sua vez, apenas tratou do instituto jurídico da subconcessão (total ou parcial), restando silente em relação à transferência da concessão.

---

8 Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:  
I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e  
II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Mas qual a diferença entre a transferência da concessão e a subconcessão?

A subconcessão é prevista no artigo 26 da Lei Federal nº 8.987/95<sup>9</sup>, sendo admitida (i) nos termos previstos no contrato de concessão e (ii) desde que expressamente autorizada pelo Poder Concedente. A sua outorga deve ser (iii) precedida de concorrência (art. 26, §1º)<sup>10</sup>, (iv) ficando o subconcessionário sub-rogado em todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Por meio da subconcessão ocorre a passagem, em regra, de apenas uma parcela dos encargos e dos poderes, relativos ao serviço inicialmente concedido, a um terceiro, criando-se, assim, uma nova relação jurídica com o subconcessionário.

Conforme ensina Jacintho Arruda Câmara, a subconcessão é “mecanismo raramente utilizado no universo das concessões”<sup>11</sup>, com exceção das “concessões outorgadas a empresas estatais”.

Observando tal realidade, a Lei Estadual de Concessões previu apenas a possibilidade de entes da Administração Descentralizada realizarem

9 Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

10 Existe dúvida, na doutrina, sobre qual seria o ente responsável por realizar o procedimento licitatório. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o que a lei não esclarece, com relação à subconcessão, é se o próprio concessionário, sendo entidade privada, pode fazer ele mesmo a licitação para escolha do subconcessionário; e também se essa entidade privada tem competência para decretar a intervenção na subconcessão. Já foi dito que uma das características da concessão de serviço público é a de implicar a outorga de prerrogativas da Administração Pública ao concessionário; assim sendo, nada impede que o poder concedente, ao autorizar a subconcessão e estabelecer os limites em que será exercida, já estabeleça quem vai realizar a licitação; tanto é válido reservar para si esta prerrogativa, como outorgá-la ao concessionário. A última hipótese parece ser a mais correta, já que a relação contratual vai estabelecer-se entre o concessionário (subconcedente) e o subconcessionário”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 113). Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, entende que tal procedimento licitatório, por ser um procedimento de Direito Público, deve ser efetuado exclusivamente por entidades governamentais. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009).

11 NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitação e Contratos Administrativos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 460.

a “subconcessão parcial ou total”<sup>12</sup>, desde que observado o disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 6º do mesmo diploma legal<sup>13</sup>, o que em hipótese alguma pode ser confundido com a “transferência da concessão”.

Mas o que seria, afinal, a “subconcessão total”, mencionada no artigo 9º, §1º da Lei Estadual de Concessões?

A subconcessão total seria a manutenção do vínculo original com o Poder Concedente e a criação de um novo vínculo entre o concessionário e o subconcessionário, abarcando a integralidade do

---

12 Artigo 9º – Incumbe ao concessionário a execução direta e pessoal do serviço concedido, cabendo-lhe responder, independentemente de dolo ou culpa, por todos os prejuízos causados ao Poder Público, aos usuários e a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§ 1º – É vedada a subconcessão total ou parcial do serviço salvo quando feita por entidade da Administração Descentralizada, observado o disposto nos Artigos 3º, 4º, 5º e 6º desta lei e sua previsão ficar justificada já no edital de licitação e no contrato.

§ 2º – Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, o concessionário poderá contratar terceiros para o desenvolvimento de atividades acessórias ou complementares, desde que isso não implique transferência da prestação do serviço público concedido, oneração de seu custo ou detimento de sua qualidade.

13 Artigo 3º – A concessão de obra e de serviço público, subordinada à existência de interesse público previamente justificado, será sempre precedida de licitação, na modalidade de concorrência. Parágrafo único – O Governador do Estado, mediante ato próprio ou por delegação, definirá o objeto, a área de atuação, o prazo e as diretrizes que deverão ser observados no edital de licitação e no contrato, inclusive as situações de eventual ocorrência de subconcessão de serviços. Artigo 4º – A concorrência obedecerá às normas da legislação sobre licitações e contratos e somente será dispensável:

I – nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;

II – nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

III – quando não acudirem interessados à licitação e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas neste caso as condições preestabelecidas.

§ 1º – A concorrência será inexigível quando comprovadamente inexistir qualquer possibilidade de competição.

§ 2º – Nas hipóteses previstas nos incisos I e II deste artigo, a delegação deverá ser feita por meio de permissão de serviço público.

Artigo 5º – O edital de licitação deverá prever que o julgamento seja feito em função do preço proposto pelo concorrente, salvo quando relevantes razões de interesse público, devidamente justificadas, recomendem a utilização de outro critério objetivo, dentre os demais critérios fixados no Artigo 42 da Lei n. 6.544, de 22 de novembro de 1989.

Artigo 6º – O Poder Concedente colocará à disposição dos licitantes os estudos, de que dispor, sobre a viabilidade do serviço ou da obra objeto da concessão.

objeto da concessão. Seria uma espécie de “gerenciamento” da concessão originalmente entabulada.

Assim, a principal diferença entre a subconcessão e a transferência está na criação (ou não) de um novo vínculo jurídico. Enquanto na subconcessão existe a criação de uma nova relação contratual, concomitante ao vínculo que unia o Poder Concedente ao concessionário originário, na transferência mantém-se o contrato originariamente licitado, alterando-se, somente, a pessoa do concessionário<sup>14</sup>.

A Lei de PPPs (Lei Federal nº 11.079/04) também não previu nenhum tipo de tratamento específico em relação à transferência de concessão. Ao contrário, determinou a aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.987/95 às concessões patrocinadas (art. 3º, §1º)<sup>15</sup>, razão pela qual tal assunto rege-se exclusivamente pela Lei de Concessões.

O §1º do artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95 prevê que, para a obtenção da anuência prévia, o pretendente (novo concessionário) deverá, além de comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, “atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”.

O objetivo do legislador foi fazer com que o Poder Concedente, antes de autorizar a transferência da concessão, tomasse as cautelas necessárias para que a nova concessionária demonstrasse ter as mesmas condições de manter o serviço público concedido, de maneira que ele não sofria risco de ser interrompido ou prestado de forma inadequada<sup>16</sup>.

---

14 “A cessão não se constitui em uma nova concessão. Mantém-se o vínculo originariamente estabelecido, restrita a mudança à pessoa do concessionário. Portanto, as condições previamente estabelecidas não são alteradas, na hipótese do art. 27” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos. Comentários às Leis nº 8.897/1995 e 9.074*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 283).

15 Art. 3º, § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

16 “Por outro lado, o novo concessionário ou os novos controladores da empresa concessionária inicial devem não somente firmar o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, como também observar os requisitos de regularidade jurídica e fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, imprescindíveis à execução do serviço concedido. Sem que atenda a tais requisitos, o concedente não autorizará as ocorrências e, em consequência, porá fim à delegação concessionária. No tema em foco, o que o legislador deseja efetivamente é que a situação do concessionário não afete o interesse público nem o serviço concedido, em detrimento da coletividade. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 420-421).

Pela literalidade da lei, tais exigências não seriam necessariamente aquelas previstas no edital, cabendo ao Poder Concedente, de acordo com o estado atual de execução do contrato de concessão, listar as exigências de “capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal” tidas como necessárias à assunção do serviço pela nova concessionária.

Vitor Rhein Schirato advoga nesse sentido, sustentando o seguinte:

Em um primeiro e irrefletido momento, poder-se-ia cogitar que tais requisitos serão os mesmos que o concessionário original teve que comprovar quando da realização do necessário procedimento licitatório. Todavia, diante do que esperamos ter assentado acima, tal orientação não nos parece minimamente sustentável, uma vez que nos parece bem claro que os requisitos que deverão ser comprovados pelo cessionário do contrato de concessão (ou adquirente do controle societário do concessionário) são somente aqueles necessários para a assunção dos serviços no momento efetivo da transferência da concessão ou do controle societário do concessionário, no que concordamos mais uma vez com Marçal Justen Filho.

Não faz qualquer sentido exigir-se a comprovação de requisitos necessário à realização de etapas do contrato de concessão que já tenham sido realizadas quando de sua transferência. Neste diapasão, os requisitos que deverão ser comprovados para a aprovação da transferência de uma concessão de serviços públicos somente poderão ser aferidos diante do caso concreto, conforme estritamente necessários à assunção do serviço no momento da transferência.<sup>17</sup>

De acordo com tal entendimento, a lei exigiria a comprovação apenas das exigências necessárias à assunção do serviço e não o cumprimento dos requisitos previstos no edital. O foco seria, portanto, a manutenção da adequada prestação dos serviços públicos (art. 6º da Lei Federal nº 8.987/95), e não a comprovação dos mesmos requisitos de habilitação e qualificação previstos no edital.

Em resumo, o atendimento das exigências previstas no artigo 27, §1º da Lei Federal de Concessões não significaria seguir estritamente os

---

<sup>17</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 197-216, out./dez. 2005, p. 206. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntrd=33297>. Acesso em: 21 nov. 2021.

termos do edital, já que com a transferência não se cria, efetivamente, uma nova concessão, conforme já visto.

### **3. DA INCOMPLETITUDE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E DA IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DA TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO**

A incompletude é um traço marcante dos contratos de concessões, pois se trata de contratos complexos, de longo prazo e de grande vulto, sujeitos aos mais diversos impactos. Tais ajustes são naturalmente “incompletos porque 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”<sup>18</sup>.

Admitir a incompletude como uma característica essencial dos contratos de concessão importa em reconhecer também a mutabilidade como traço inato destes contratos complexos por natureza.

E esta mutabilidade inerente aos contratos complexos e de longo prazo, tais quais os de concessão, impõe ao intérprete reconhecer uma maior flexibilidade em tais ajustes, possibilitando que o Estado lide com as mais diversas contingências que ocorrerão durante a execução contratual.

Flávio Amaral Garcia corrobora o entendimento da seguinte maneira:

Tradicionalmente, a mutabilidade sempre foi um traço característico dos contratos administrativos, encontrando legitimização e justificação na necessidade de adequação ao interesse público. Modernamente, encontra amparo também na incompletude do contrato. O instrumento clássico da mutabilidade sempre foi o poder de modificação unilateral conferido ao ente contratante, como a obrigação de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro original traçado entre as partes.<sup>19</sup>

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

19 GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014, p. 76.

Em outras palavras, num contrato de concessão de longo prazo, a única certeza que as partes possuem é que o ajuste precisará ser alterado, seja para incorporar novos investimentos e tecnologias, seja para reconhecer a concretização de um risco previsto e seus consequentes efeitos, seja para tratar de realidades contratuais não previstas na modelagem contratual inicial.

Estando inseridas na lógica das atividades empresariais, as concessões são empreendimentos de longo prazo durante o qual circunstâncias variadas, próprias do mundo real, podem conduzir à cessão do contrato, o que é frequente na vida econômica.

De fato, um contrato de concessão nada mais é do que um ativo da concessionária (ou no caso de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE, seu único ativo), tornando-se comum, por diversas razões (estratégia empresarial, dificuldades financeiras, reorientação da companhia), empresas passarem por decisões de desinvestimento em determinados ativos.

Exemplos para ilustrar tais decisões de desinvestimento não faltam.

A Petrobrás, em atendimento a um acordo celebrado com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, vem passando por um amplo processo de desinvestimento em setores nos quais atuava em posição de quase-monopólio<sup>20</sup>.

A Novonor (ex-Odebrecht), em razão de dificuldades financeiras enfrentadas na Lava-Jato, e inclusive em razão das obrigações constantes do processo de recuperação judicial, teve de realizar diversos desinvestimentos, como a alienação da companhia Odebrecht Ambiental para a Brookfield, que passou a se chamar BRK Ambiental<sup>21</sup>, bem como em setores regulados de prestação de serviços públicos, dentro e fora do país<sup>22</sup>.

---

20 PETROBRAS. Novos Caminhos. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://novoscaminhos.petrobras.com.br/a-petrobras-esta-sendo-desmontada-ela-parou-de-crescer-e-investir>. Acesso em: 2 fev. 2022.

21 ODEBRECHT concluir venda por R\$ 2,9 bilhões de divisão ambiental. Jornal do Comércio: O Jornal de economia e negócios do RS, Farroupilha, 26 abr. 2017. Disponível em: [https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/2017/04/economia/559233-odebrecht-conclui-venda-por-r-2-9-bilhoes-de-divisao-ambiental.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/04/economia/559233-odebrecht-conclui-venda-por-r-2-9-bilhoes-de-divisao-ambiental.html). Acesso em: 15 ago. 2022.

22 VALENTI, Graziella. Odebrecht vende concessões de rodovias no Peru. TMA Brasil, São Paulo, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://www.tmabrasil.org/blog-tma-brasil/noticias-em-geral/odebrecht-vende-concessoes-de-rodovias-no-peru>. Acesso em: 15 ago. 2022; ODEBRECHT concluir venda da Supervia e da Rota das Bandeiras. G1, São Paulo, 29 mai. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/29/odebrecht-conclui-venda-da-supervia-e-da-rota-das-bandeiras.ghtml>. Acesso em: 15 ago. 2022.

Dentro deste contexto, no qual os contratos de concessão estão inseridos, é que o artigo 27 da Lei nº 8.987/1995 autoriza a transferência de concessão, ou do controle societário da concessionária, desde que mediante prévia anuência do Poder Concedente.

A transferência da concessão qualifica-se, no direito civil, como uma cessão de contrato, ou cessão de posição contratual, por meio da qual o novo concessionário sucede ao antigo em todas as obrigações e direitos, mediante prévia anuência do Poder Concedente, de forma que o concessionário primitivo perde totalmente a sua posição jurídica e o seu vínculo jurídico com o Estado.

A possibilidade de alteração subjetiva nos contratos administrativos não constitui novidade trazida pelo artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95, tendo em vista a possibilidade, já admitida na Lei de Licitações, de subcontratação, cessão ou transferência, total ou parcial, do contrato administrativo, bem como de fusão, cisão ou incorporação, desde que admitidos no edital e no contrato.

Veja-se, portanto, que alterações subjetivas em contratos administrativos são admitidas tanto pela Lei de Concessões quanto pela Lei de Licitações. Como ensina Adilson Dallari:

Não faz sentido sustentar que o contrato administrativo, oriundo de uma licitação, tenha que ser necessariamente executado por uma única e mesma pessoa, física ou jurídica, do início ao término de sua vigência. Se o objeto do contrato não pudesse ser executado por uma pluralidade de executantes, não haveria de se falar em licitação.<sup>23</sup>

De fato, a vinculação à concessão, gerada por meio de um procedimento licitatório, deve ser da proposta apresentada, e não em relação à pessoa jurídica contratada. Em outras palavras, com a licitação, o Poder Público busca a escolha da “melhor proposta”<sup>24</sup> e não do “melhor contratado”.

23 DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 13, n. 156, dez. 2014, p. 12.

24 Art. 3º (Lei nº 8.666/93) – 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 imparcialidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

É natural, portanto, que durante a vigência da concessão sejam necessárias alterações contratuais que não desnaturem o contrato originalmente modelado, mas que afirmem ou recomponham exatamente a sua modelagem original.

Vitor Rhein Schirato também defende a possibilidade jurídica da transferência da concessão, sustentando que a sua impossibilidade transformaria os contratos de concessão em contratos personalíssimos, na acepção do Direito Privado, onde tal espécie de contrato não pode ser cedida por representar obrigação intransferível:

Caso tal assertiva fosse aplicável também ao contrato de concessão de serviços públicos, afirmar-se-ia que apenas o contratado (concessionário) reúne as condições subjetivas necessárias para prestar os serviços concedidos e tal afirmação generalizada a todos os casos representa, evidentemente, verdadeiro absurdo. Assim, pode-se concluir que os contratos de concessão de serviços públicos são *intuitu personae*, mas não são contratos personalíssimos. Em primeiro lugar, é mais do que óbvio que na imensa maior parte dos casos haverá mais de um sujeito habilitado a prestar um dado serviço concedido, uma vez que se não houver, recair-se-á em uma situação de inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Em segundo lugar, o processo de escolha do contratado é realizado exclusivamente com base em critérios objetivos, estabelecidos no respectivo processo licitatório. Não há vinculação do Poder Concedente às condições subjetivas do concessionário, mas sim à proposta por ele formulada no curso do processo licitatório. Destarte, qualquer outro particular que puder realizar as atividades do concessionário nas mesmas condições deste poderá ser cessionário de um contrato de concessão.<sup>25</sup>

---

No mesmo sentido: “Como é de trivial sabença, o objetivo da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa para a celebração de contratos com a Administração Pública. Porém, o procedimento licitatório não pode ser considerado um fim em si. Não se cogita mais de admitir-se a instauração de todo o trâmite burocrático que permeia tal certame se ele for desnecessário, antieconômico, ou imprestável à seleção do melhor ‘padrão’ de serviço que será prestado ao Poder Público”. (FREITAS, Rafael Véras de. A subconcessão de serviço público. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016, p. 90).

25 SCHIRATO, op. cit., p. 207.

Floriano de Azevedo Marques também leciona no mesmo sentido, nos seguintes termos:

Há quase um consenso de que concessão — como contrato administrativo em geral e como espécie particular deste gênero ainda mais — é um contrato *intuitu personae*. Como já referi acima, todo ajuste antecedido de procedimento de escolha que considera aspectos subjetivos do contratante, guarda o contrato administrativo um vínculo pessoal com este. Porém, tal afirmação virou entre nós quase um mantra que, repetido exaustivamente, oblitera o raciocínio jurídico. [...]. O caráter pessoal não pode significar um traço personalíssimo, tal como se fosse condição do contrato sua execução exclusivamente pelo originalmente contratado.<sup>26</sup>

Por fim, cabe trazer à baila o entendimento de Marçal Justen Filho, no sentido de que impossibilitar a transferência da concessão infringiria o princípio constitucional da impessoalidade:

Diz-se que o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae* para indicar um fenômeno jurídico específico. Significa que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a Administração escolher um certo particular para contratar. Porém, esses requisitos têm de ser objetivamente definidos, como regra [...] um contrato administrativo *intuito personae* no mesmo sentido do Direito Privado infringiria o princípio da impessoalidade. Para o Estado é indiferente a personalidade psicológica do particular [...]. Ou seja, o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo.<sup>27</sup>

Assim, é o próprio princípio da impessoalidade que impõe a conclusão de que, ressalvadas as excepcionais situações nas quais a natureza do objeto do contrato imponha um caráter personalíssimo à sua execução, para o Poder Concedente, a pessoa especificamente contratada para a execução de determinado escopo contratual jamais pode assumir qualquer importância. No entanto, o objeto contratual

26 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Admissão de Atestados de Subcontratada Nomeada nas Licitações para Concessão de Serviços Públicos. *Revista De Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 121-130, 2004, p. 126.

27 FILHO, Marçal Justen. *Concessões de serviços públicos: Comentários às Leis nºs 8.897 e 9.074*, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997, p. 51.

deve ser devidamente executado, tal qual contratado, por quem tenha condições de fazê-lo, independentemente de quem o seja.

A identidade em si do particular licitante não é o relevante. Na outorga de concessões, preenchidos os requisitos mínimos de habilitação e aceitas as condições da minuta de contrato anexa ao edital, a escolha se baseia na vantagem das propostas. O julgamento é objetivo, independentemente da pessoa que o oferta. Se o vencedor se recusa a firmar o contrato, convoca-se o segundo classificado para contratar nas condições do vencedor. O relevante são as propostas, não a identidade em si dos licitantes.

E isso não necessariamente desatende ao interesse público. Pelo contrário, dados os impactos que o correr do tempo pode ocasionar a um contrato de concessão ou às empresas que participaram originalmente do processo licitatório, a transferência da concessão pode representar um incremento na qualidade do serviço prestado ao usuário, ou mesmo ferramenta indispensável à continuidade deste serviço público, em razão de o cessionário possuir melhores condições de prestar o serviço do que o cedente<sup>28</sup>.

Evidentemente, a transferência de concessão não pode possibilitar comportamentos fraudulentos, por exemplo, possibilitar a participação na concessão de empresa que, por alguma razão, não poderia participar da licitação na qualidade de licitante.

A transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária, em razão de se tratar da veiculação de um serviço

---

28 Neste sentido advoga Rafael Véras de Freitas, sustentando também que a vedação à transferência da concessão seria contrária ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa: “Ademais, não seria consentâneo com o princípio da liberdade de iniciativa (arts. 1º, inciso IV e 170, *caput*, da CRFB) que o contrato administrativo servisse para engessar as atividades empresariais, impedindo que o contratado realizasse operações negociais. Além disso, não se pode olvidar que a realização de operações societárias – a exemplo da transferência da concessão ou controle societário – pode, inclusive, contribuir para o incremento da qualidade dos serviços prestados à Administração Pública. Isso pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que o cedente transfere a prestação objeto do contrato para um cessionário que esteja em melhores condições financeiras, ou que detenha maior expertise em determinado setor econômico”. (FREITAS, Rafael Véras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015, p. 171).

público, só poderá ser deferida pelo Poder Concedente se não acarretar modificações nas condições contratuais vigentes, tampouco prejuízos à prestação dos serviços públicos, do que se depreende a constitucionalidade da alteração subjetiva dos contratos de concessão.

#### **4. DA DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO PARA A TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO E DE SUA CONSEQUENTE CONSTITUCIONALIDADE**

Ao contrário da hipótese da subconcessão, na qual a lei previu expressamente a obrigação de licitar (art. 26, §1º da Lei Federal nº 8.987/95)<sup>29</sup>, não há qualquer menção a este respeito em relação à transferência da concessão.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa tal diferença de tratamento, fazendo as seguintes ponderações:

Quanto à transferência da concessão, a Lei nº 8.987 quase nada estabelece. Sabe-se que a transferência significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato. Há uma substituição na figura do concessionário. As únicas exigências da Lei nº 8.987, expressas no art. 27, são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão, e a de que o pretendente atenda às seguintes exigências: satisfaça os requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.<sup>30</sup>

Com efeito, a Lei Federal nº 8.987/95 não previu a necessidade de licitação (concorrência) para a hipótese de transferência da concessão. Ao contrário, exigiu-se, apenas, em seu artigo 27, a anuência do Poder Concedente e que o pretendente atenda às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, além do compromisso a cumprir todas as cláusulas em vigor.

---

<sup>29</sup> Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

<sup>30</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 113.

A lei atribuiu um caráter privado à negociação relativa à transferência da concessão, não inserindo o Poder Concedente em um papel ativo como prospectador ou condutor da transferência, mas em um papel passivo, de recebimento da proposta de ato negocial, avaliando, exclusivamente, a viabilidade técnica e econômico-financeira de continuidade da concessão com a nova concessionária.

Não obstante, há acirrada discussão quanto à (in)constitucionalidade do tratamento dado pelo legislador federal para a transferência de concessão, haja vista o silêncio relatado quanto à exigência de prévia concorrência.

Demonstram-se contrários à inexigibilidade de licitação para a transferência de concessão, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. De acordo com tais autores, a possibilidade de realizar a transferência da concessão, sem licitação, afrontaria o disposto no artigo 175 da Constituição Federal, o qual exige licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos<sup>31</sup>.

De outro lado, diversos autores demonstram-se favoráveis à constitucionalidade do artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95 e, consequentemente, à hipótese de transferência da concessão, sem licitação.

Eurico de Andrade Azevedo, por exemplo, destaca inicialmente que a longa duração dos contratos de concessão pode fazer com que a situação empresarial do concessionário sofra drásticas alterações, vindo a ser conveniente ao interesse público uma transferência da concessão. Segundo o autor,

como a lei exige que o pretendente atenda a todas as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, obrigando-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, pode-se entender que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido quando da outorga da concessão<sup>32</sup>.

---

31 DI PIETRO, op. cit.; MELLO, op. cit.

32 AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral)*, com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 111.

Jacinto Arruda Câmara demonstra, com maestria, as razões pelas quais o legislador não impôs o dever de licitar, novamente, na hipótese da transferência da concessão:

Parece exagerado enxergar na transferência da concessão uma burla ao dever de licitar. O contrato direta ou indiretamente transferido foi fruto de processo licitatório. Suas condições refletem o resultado de uma disputa e contratação da melhor proposta obtida pelo poder concedente, de acordo com os critérios fixados na ocasião. Transferir esse contrato, portanto, não deixa de ser a preservação do resultado do processo licitatório.

Supor que para substituir a figura da concessionária (ou de seus acionistas) seja necessário extinguir o contrato licitado e em vigor para, a partir daí, abrir nova licitação, significa dar muita ênfase aos interesses de outros possíveis pretendentes. Não parece ser esse o objetivo da exigência de licitar. Tendo havido licitação regular, com resultado satisfatório ao interesse público e em pleno vigor, não há por que abrir mão do contrato, para iniciar novo certame. Em situações tais, o respeito ao dever de licitar estará atendido preservando o resultado da licitação já realizada e cujos efeitos, mediante a transferência do contrato ou do controle da concessionária, serão objetivamente preservados.<sup>33</sup>

Rafael Véras de Freitas também critica o entendimento de que seria necessária uma nova licitação em caso de transferência da concessão, citando, inclusive, dispositivo de lei espanhola no mesmo sentido:

Tal entendimento comporta críticas, vez que, em razão da manutenção da base objetiva do negócio jurídico, o requisito da realização de prévio procedimento licitatório já restou atendido por ocasião da seleção do concessionário originário. No mais, a transferência de controle configura celebração de contratos privados, uma das prerrogativas

33 NOHARA; CÂMARA, op. cit., p. 459. Arnoldo Wald também entende possível a transferência de uma concessão de serviços públicos sem a realização de licitação. Segundo o autor, a obrigação constitucional de licitar é devidamente cumprida quando da outorga da concessão. Desta forma, não haveria obrigação de se realizar nova licitação uma vez que o dever constitucionalmente imposto de licitar já teria sido devidamente cumprido quando da outorga original da concessão. (WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 146).

do desenvolvimento da atividade empresária e que não seria sequer licitável, por se tratar de hipótese de inviabilidade de competição, prevista no artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

É evidente que a transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária, em razão de se tratar da veiculação de um serviço público, só poderá ser deferida pelo Poder Concedente, desde que não acarrete modificações nas condições originalmente por ele contratadas, tampouco prejuízos à prestação dos serviços públicos. Esse raciocínio não é uma peculiaridade brasileira, estando consignado, por exemplo, no artigo 226 da Lei de Concessão de Serviço Público Espanhola, *in verbis*, que:

*Art. 226. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.*<sup>34</sup>

A velocidade e a complexidade do mundo atual, materializadas nas relações empresariais, exige que o Direito Administrativo seja dinâmico e não fique limitado por antigos dogmas.

Da redação do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, o qual prevê que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”, é possível entender que (i) a legislação pode prever casos em que não seja necessária (ou mesmo recomendável) a realização de licitação pública, tal qual fez o legislador no artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95, e que (ii) a licitação é exigida para a contratação, e não para as providências decorrentes ou derivadas de tal ato original, tal qual a transferência da concessão, em que são mantidas todas as condições contratuais inicialmente licitadas.

Assim, a Constituição exige licitação apenas para a outorga inicial da concessão de serviços públicos, conforme já fundamentado acima, não existindo prejuízo ao interesse público na troca do sujeito passivo contratado, dado que o conteúdo do contrato, já licitado, será mantido.

---

<sup>34</sup> FREITAS, 2015, p. 176.

A razão prática para exigir licitação para a subconcessão (art. 26, §1º da Lei Federal nº 8.987/95), e não para a transferência do controle acionário ou da cessão do controle acionário (art. 27 da Lei Federal nº 8.987/95), é que, na primeira hipótese, cabe aos interessados (Poder Concedente, mediante sua autorização, e concessionário original, mediante sua concordância com os termos da subconcessão, já que ela não pode ocorrer contra sua vontade) definir os termos da subconcessão.

Neste cenário, será iniciada uma relação jurídica com condições completamente novas, sendo de rigor, portanto, realizar um novo procedimento licitatório para que se busque a proposta mais vantajosa à Administração.

Não por acaso o legislador, na hipótese de subconcessão, dá abertura para que sejam estabelecidos outros requisitos de habilitação no futuro edital (é prevista apenas a necessidade de realização de “concorrência”, não havendo menção à eventual “observância dos requisitos já previstos em edital”), já que não é possível saber, de antemão, no momento da celebração da concessão originária, qual será a parcela do objeto concedido que possivelmente será subconcedida, bem como as demais características da subconcessão.

Já no caso da transferência ou da cessão do controle acionário, não existe a criação de uma nova concessão. Aqui se pressupõe que as regras contratuais, por já terem sido licitadas, são de amplo conhecimento de todos e resultantes da melhor proposta oferecida em processo licitatório, cabendo às partes futuras apenas assumi-las e honrá-las. Não há interesse da Administração em buscar “a proposta mais vantajosa”. Isso já ocorreu em momento pretérito. Por tais razões não existe a necessidade de licitar novamente.

Na transferência, portanto, compete ao concedente apenas assegurar que os novos entrantes tenham condição de assumir o contrato (“atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”) e se comprometam a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, decorrente da licitação já realizada quando da outorga da concessão, sendo os termos contratuais (e o próprio equilíbrio econômico-financeiro do contrato) estabelecidos no momento de sua assinatura.

Quando um contrato é cedido, ele permanece inalterado em seu conteúdo: todos os direitos e obrigações das partes se mantêm na forma resultante da licitação. O mesmo acontece quando se transfere o controle da concessionária: mudam os controladores, mas o conteúdo do contrato licitado se mantém.

Pouco importa se a transferência é do contrato ou do controle de concessionária: em ambas já houve licitação, cumpriu-se o art. 175 da Constituição e as obrigações contratuais continuarão idênticas. A diferença é só de forma, não de substância.

Por tais razões, quando o legislador entendeu ser necessária a licitação, assim o fez expressamente, como no caso da subconcessão (art. 26, §1º da Lei 8987/95)<sup>35</sup>.

Este também é o entendimento do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Consultados os precedentes destas Cortes de Contas, nota-se que não foi exigida nova licitação na hipótese de transferência de concessões ou em outras situações de alterações subjetivas contratuais.

O Tribunal de Contas da União, analisando consulta feita pelo então Ministério dos Transportes em relação ao contrato administrativo celebrado sob a égide da Lei de Licitações, respondeu ao consulente que, nos termos do artigo 78, incisos VI e XI, da Lei Federal nº 8.666/1993:

9.1.1. se não houver expressa regulamentação no edital ou no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, uma vez feitas as alterações subjetivas pertinentes, bem como celebrar contrato com licitantes que tenham passado pelo mesmo processo, desde que, em qualquer caso, sejam atendidas cumulativamente as seguintes condições:

---

<sup>35</sup> Art. 26 – É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º – A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º – O subconcessionário se sub-rogará em todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

9.1.1.1. observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação de que trata o art. 27 da Lei 8.666/93, segundo as condições originalmente previstas na licitação;

9.1.1.2. manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original;

9.1.1.3. inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e

9.1.1.4. anuênciam expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato;<sup>36</sup>

Ainda que tal consulta trate de contrato administrativo comum, celebrado sob a égide exclusiva da Lei Federal nº 8.666/93, é razoável pressupor que a posição supramencionada também se aplique à possibilidade de transferência de concessão.

Se o TCU consentiu com a viabilidade jurídica da alteração subjetiva de um contrato administrativo decorrente de cisão, incorporação ou fusão, desde que observadas as condições elencadas acima, com mais razão o Tribunal deve entender juridicamente possível a transferência da concessão, tendo em vista a existência de previsão legal expressa e os entendimentos doutrinários já destacados.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao analisar a transferência de concessão outorgada pela Prefeitura Municipal de São João da Boa Vista, com o objeto de exploração do serviço público de transporte

---

36 CONSULTA. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO SUBJETIVA DE CONTRATO CUJA CONTRATADA PASSOU POR CISÃO, INCORPORAÇÃO OU FUSÃO. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO EM EDITAL, MANTIDAS AS DEMAIS CONDIÇÕES PREVISTAS NO ACÓRDÃO 1.108/2003-PLENÁRIO. CONHECIMENTO. RESPOSTA AFIRMATIVA. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO. Nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993, se não há expressa regulamentação no edital e no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível, para atendimento ao interesse público, manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado pelo mesmo processo, desde que: (1) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original; (2) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (3) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (4) haja a anuênciam expressa da Administração à continuidade do contrato. (TCU, Acórdão nº 634/2007, Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, Data da Sessão: 18/04/2007).

coletivo urbano de passageiros, também não viu óbices à inexistência de procedimento licitatório, conforme se extrai do julgado proferido em sede do TC-000930/003/2000<sup>37</sup>.

Logo, denota-se que tanto a doutrina administrativista mais moderna quanto a jurisprudência dos Tribunais de Contas entendem pela constitucionalidade da transferência de concessão, prevista no artigo 27, da Lei nº 8.987/95, existindo razões jurídicas suficientes para fundamentar e justificar a ausência do dever de licitar previamente à transferência, uma vez que a proposta mais vantajosa, já selecionada pela Administração mediante procedimento licitatório, obrigatoriamente deve ser mantida pelo futuro concessionário.

## 5. DO JULGAMENTO DA ADI N° 2946 PERANTE O STF

A despeito do debate doutrinário e da opinião exposta, importa apontar que, no âmbito judicial, a Procuradoria-Geral da República ingressou em 2003 com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 2946), sustentando, em síntese, que a transferência da concessão sem licitação seria inconstitucional.

Para combater a eficácia do artigo 27 da lei impugnada, a Procuradoria-Geral da República invocou o artigo 175 da Constituição Federal, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O Exmo. Ministro Dias Toffoli, relator da ação, e o Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, que seguiram integralmente o voto, inicialmente deram provimento parcial ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo. Para eles, a transferência da concessão não poderia ocorrer, pois a “nova” concessionária não teria se submetido ao processo de licitação.

Já a transferência do controle acionário, na opinião dos Ministros, não violaria a exigência constitucional de certame, uma vez que a pessoa jurídica continuaria sendo a mesma da época em que a concessão foi licitada.

---

<sup>37</sup> TCESP, Segunda Câmara, TC-000930/003/2000, Rel. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Julg. 01/02/2011.

O voto do relator entendeu que as cessões de contratos de concessão, embora sempre admitidas em nosso Direito e previstas expressamente nas leis atuais, na verdade seriam ilícitas por contrariarem o resultado das licitações feitas quando das outorgas. O dever de licitar (art. 175 da CF) seria incompatível com a posterior autorização para transferir concessões já licitadas.

O relator, talvez desconhecendo a modelagem jurídica da maioria das concessões, aparentemente não se atentou para a usual exigência de criação de uma sociedade de propósito específico (obrigatória para as parcerias público-privadas e facultativa nas concessões comuns), a ser criada posteriormente ao resultado da licitação e antes da assinatura do contrato de concessão, para figurar na qualidade de Concessionária.

Logo, ao contrário do raciocínio exposto inicialmente pelo Exmo. Ministro Dias Toffoli, a transferência do controle acionário pode, no limite, implicar na troca integral das empresas participantes do certame licitatório, desde que, tal qual na hipótese da transferência da concessão, sejam atendidas as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, bem como haja o comprometimento de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor<sup>38</sup>.

A igualdade de requisitos, bem como a própria previsão no mesmo artigo, dos institutos jurídicos da transferência de concessão e de transferência do controle acionário, não foi sem razão. Na prática elas servem para o mesmo fim: possibilitar a continuidade da execução contratual, conservando-se as condições originariamente licitadas.

Após ser suspenso por um pedido de vista do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, o julgamento foi retomado. Em seu voto vista, o Ministro fixou como premissa interpretativa que a exigência constitucional de licitação deve ser interpretada como garantia institucional de

---

38 Embora o presente artigo se limite a expor o caso da transferência da PPP da Linha 6, a transferência de controle acionário de SPEs é providência comum, tendo ocorrido diversas vezes no próprio Estado de São Paulo. No âmbito da ARTESP, por exemplo, foram muitas as trocas de controle acionário, sendo que a própria CCR, que hoje é a concessionária de diversas rodovias como Autoban, ViaOeste e SPViás, não foi a empresa originalmente vencedora da licitação.

valores caros à República – como moralidade, impessoalidade, isonomia e eficiência –, cujos contornos são conformados pelo legislador ordinário, com ampla margem de atuação e tendo em vista a dinamicidade das situações alcançadas pela normatização.

Extraiu, então, três conclusões:

(a) cabe ao legislador ordinário estabelecer as condições da concessão de serviços públicos à iniciativa privada; (b) essa conformação legislativa deve contemplar a exigência constitucional de licitação; e (c) o texto constitucional silencia quanto à transferência dos contratos ou do controle societário das pessoas jurídicas contratadas<sup>39</sup>.

Segundo o Ministro, a necessidade de garantir regularidade e continuidade à prestação de serviços no âmbito de contratos complexos executados em ambiente de mercado reconhecidamente dinâmico ensejou a criação de normas específicas para transferência dos contratos de concessão. Nessa linha, a Lei nº 8.987/1995 dissociou, quanto à exigência de licitação, as situações de outorga inicial da concessão daquelas de transferência do contrato de concessão, permitindo que o próprio mercado acomode, ao longo da vigência do contrato, desafios e percalços na prestação dos serviços públicos, sem a necessidade de declaração da caducidade da concessão e realização de nova licitação.

O Ministro Gilmar Mendes continuou seu voto afirmando que o legislador ordinário exigiu, para a transferência do contrato ou alteração do controle societário da concessionária, apenas a anuência do Poder Concedente, sem impor a realização de nova licitação posto que, de fato, é no momento da outorga inicial da concessão que são delimitados os termos da prestação pelo particular dos serviços públicos. Uma vez que na transferência do contrato de licitação já foram integralmente delimitadas as obrigações das partes, inclusive em relação à remuneração do particular e às condições de execução da avença, não seria necessária a licitação na forma do art. 175 da Constituição.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes:

---

<sup>39</sup> Voto, p. 15.

É inequívoco que a transferência do contrato, nos moldes preconizados pelo dispositivo impugnado, não implica direito do concessionário à cessão de sua posição contratual, mas, sim, prerrogativa de o Poder Público anuir ao negócio jurídico modificativo, desde que atendidos pressupostos técnicos e integralmente cumprido o contrato em vigor.<sup>40</sup>

Ressaltou, ainda, a necessidade de a jurisdição constitucional conferir parâmetros seguros e substantivos para a formulação e execução de políticas públicas complexas.

Por fim, votou pela improcedência do pedido formulado na ADI 2946, tendo considerado que

é forçoso reconhecer que, diversamente da outorga inicial do contrato de concessão, que pressupõe a realização de licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, a transferência da avença para novo concessionário ou a alteração do seu controle societário, nos termos do art. 27 da Lei 8.987/1995, prescinde do implemento de novo certame<sup>41</sup>.

De fato, a possibilidade de transferência de contratos de concessão, sem a necessidade de rellicitação, consiste em mecanismo relevante de atuação da Administração Pública, inclusive para tutela e máxima satisfação de valores constitucionais relevantes, como a eficiência, continuidade dos serviços públicos e proteção ao erário.

A lucidez e precisão do voto do Ministro Gilmar Mendes fizeram com que o Ministro Dias Toffoli alterasse seu voto inicialmente proferido, de forma que ao final a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade do artigo 27 da Lei de Concessões e consequentemente pela improcedência da ADI 2946.

## **6. DA IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO JURÍDICO DA TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO: O CASO DA PPP DA LINHA 6 DO METRÔ DE SÃO PAULO**

A concessão da Linha 6-Laranja do Metrô de São Paulo é um caso emblemático no qual a transferência de contrato de concessão foi a solução mais adequada ao atendimento do interesse público.

---

40 Voto, p. 23.

41 Voto, p. 31.

Tendo por objeto a prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo, contemplando a implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação, manutenção e expansão, o Contrato de Concessão Patrocinada nº 015/2013 foi firmado entre o Estado de São Paulo e a Concessionária Move São Paulo S.A. em 18 de dezembro de 2013, prevendo, em síntese, um prazo de vigência de 25 (vinte e cinco) anos, ao longo do qual ocorreria a implantação da obra (Fase 1), em prazo estimado de 6 (seis) anos, a partir da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”, e a operação comercial do serviço público de transporte de passageiros na Linha 6 (Fase 2), em um prazo estimado de 19 (dezenove) anos.

Emitida a “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão” em 19 de maio de 2014, o Contrato foi regularmente executado até 13 de maio de 2016, momento no qual a então Concessionária, Move São Paulo S.A., apresentou pedido de prorrogação do prazo para cumprimento de sua obrigação de obter o contrato de financiamento de longo prazo (Cláusula 8.1.38<sup>42</sup>).

Em razão da não obtenção do financiamento de longo prazo, a Concessionária notificou o Poder Concedente, em 2 de setembro de 2016<sup>43</sup>, de sua decisão unilateral de paralisar integralmente as obras de implantação da Linha 6, quando já havia sido concluído cerca de 10% da Fase 1 da Concessão, protocolando, no mesmo momento, um pedido de reequilíbrio econômico-financeiro de cerca de R\$ 1,7 bilhão em decorrência, em síntese, de atrasos na liberação das áreas a serem desapropriadas<sup>44</sup>.

42 8.1.38 Apresentar ao PODER CONCEDENTE, no prazo de 6 (seis) meses, contado da data do início do prazo de vigência da CONCESSÃO, (i) os instrumentos jurídicos que assegurem o cumprimento das obrigações decorrentes do CONTRATO, relativos a obras civis e, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, (ii) aqueles relativos ao fornecimento de trens e sistemas, devendo ser incluído (iii) o(s) contrato(s) de financiamento firmado(s) junto a instituições financeiras nacionais ou internacionais ou outros documentos formais, que comprovem a disponibilidade de recursos próprios e/ou de terceiros para arcar com as obrigações assumidas relativas ao CONTRATO;

43 Carta MSP 216/2016.

44 O risco contratual pela demora na liberação das áreas a serem desapropriadas é do Poder Concedente, nos termos da Cláusula 37.5, *in verbis*:

Cláusula 37.5 Desde que atendidos os itens 4.1.3.1 e 37.5.2.1, os prejuízos efetivos decorrentes do atraso na imissão de posse dos imóveis que afetem o cronograma estabelecido no Plano de Desapropriação, Ocupação Temporária e Servidão Administrativa serão suportados pelo PODER CONCEDENTE, quando a CONCESSIONÁRIA não tenha concorrido para o atraso.

Dado tal contexto de dificuldades financeiras, a Concessionária passou a descumprir diversas obrigações contratuais, resultando na aplicação de diversas multas contratuais por parte do Poder Concedente.

Decorridos mais de 2 (dois) anos desde a paralisação integral das obras e após diversas tentativas por parte da Concessionária de buscar uma solução empresarial para a transferência da concessão ou do controle acionário da SPE, prospectando, sem sucesso, potenciais interessados na assunção do empreendimento em substituição aos acionistas da Concessionária, o Poder Concedente, diante da ausência de perspectivas de retomada das obras e continuidade da concessão, viu-se obrigado a abrir o procedimento de decretação de caducidade.

Aberto o procedimento de caducidade, foi constatado, inclusive com base em documentos expedidos pelo BNDES e em auditoria realizada pelo TCU<sup>45</sup>, que o financiamento de longo prazo não foi obtido pela Concessionária em razão do risco reputacional de seus acionistas controladores, bem como em decorrência da existência de fundada dúvida em relação à saúde financeira de tais empresas, envolvidas diretamente na Operação Lava Jato.

Comprovada a culpa da Concessionária pela paralisação completa das obras, além da ausência de perspectivas concretas de continuidade do empreendimento, não restou alternativa ao Poder Concedente que não fosse declarar a caducidade da concessão, o que ocorreu por meio da publicação do Decreto n.º 63.915, de 12 de dezembro de 2018.

Porém, a necessidade de estabelecer um prazo de transição para a assunção do objeto concedido pelo Poder Concedente, bem como de preparação do Estado para iniciar a execução de atividades então de responsabilidade da Concessionária, fez com que a decretação de caducidade fosse feita sob condição suspensiva, de forma que os efeitos da caducidade fossem postergados inicialmente para 13 de agosto de 2019.

Não obstante todas essas intercorrências, o projeto continuava economicamente viável, despertando interesse da iniciativa privada.

Durante o período de realização das providências finais para o encerramento do contrato de concessão, a então Concessionária Move

---

45 Acórdão nº 628/2018, proferido nos autos do TC 024.399/2016-7.

São Paulo S.A. comunicou o Poder Concedente a respeito de uma proposta vinculante de aquisição integral de suas ações da Concessionária Move São Paulo, feita por um grupo empresarial interessado – o que, em tese, seria suficiente para a obtenção de financiamento de longo prazo junto ao BNDES e, consequentemente, para a retomada da obra –, o que levou o Estado a prorrogar o prazo inicial de produção dos efeitos da caducidade para 11 de novembro de 2019.

Como cediço, a caducidade apenas se justifica no cenário no qual não exista nenhuma alternativa ao Poder Concedente que não seja encerrar o contrato, tendo em vista que a manutenção do contrato de concessão e a consequente continuidade do serviço público concedido revela-se, geralmente, como a providência que melhor prestigia o interesse público.

Nesse sentido são os seguintes ensinamentos de Marçal Justen Filho:

Deve ter-se em mente, ademais, que a caducidade acarreta a cessação da atividade do concessionário, do que podem derivar sérios problemas para a prestação do serviço público. Portanto, sempre deverá optar-se por alternativa que seja menos nociva. Se for viável a correção dos defeitos ou a superação dos obstáculos, dever-se-á insistir na manutenção da concessão – especialmente quando o motivo não se vincular direta e propriamente às condições de prestação do serviço.

[...]

A caducidade da concessão é, portanto, instrumento de realização do interesse público, muito mais do que via de punir o concessionário. A punição ao concessionário não traduz maior vantagem para o interesse coletivo. Realiza-se o interesse público, por via da caducidade, pela perspectiva da elevação da qualidade dos serviços. A gravidade das infrações praticadas pelo concessionário autoriza presumir que esse objetivo não será atingível sem sua substituição.<sup>46</sup>

Logo, se havia alguma possibilidade de o projeto ser retomado, era dever do Estado tomar as medidas necessárias para tanto,

---

46 JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 593-594.

por exemplo, prorrogar a data para concretização dos efeitos da caducidade. Não obstante, a negociação não se concretizou em razão da ausência de demonstração da capacidade financeira do grupo.

Retomadas as providências para o encerramento do contrato de concessão, a Move São Paulo S.A., antes do prazo previsto para a eficácia da caducidade, apresentou ao Poder Concedente a documentação da empresa Acciona Construcción, requerendo uma análise preliminar com vistas a uma futura anuência prévia por parte do Poder Concedente, conforme exigido pelo artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95<sup>47</sup>.

Porém, a empresa interessada consignou que, dado o envolvimento das acionistas da Move São Paulo S.A. na Operação Lava Jato, o interesse na assunção da PPP da Linha 6 pressupunha a sua transferência, de forma que a mera troca do controle acionário, ainda que com a troca integral dos acionistas da então Concessionária, não era de interesse da empresa Acciona Construcción<sup>48</sup>.

Analizada tal documentação, ainda que de forma preliminar, constatou-se que a empresa interessada teria higidez empresarial, demonstrando possuir condições de obter futuramente, por parte do Poder Concedente, a anuência prévia necessária à transferência da concessão ou para a aquisição do controle acionário da SPE Concessionária Move São Paulo S.A., razão pela qual decidiu-se por uma nova prorrogação do prazo de início dos efeitos da caducidade, para 9 de fevereiro de 2020, de forma a possibilitar a conclusão das negociações.

Em 4 de fevereiro de 2020, a Concessionária Move São Paulo S.A. informou ao Poder Concedente que as negociações para a transferência

---

47 Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:  
I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e  
II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

48 Tal postura da Acciona era justificada pela tentativa de evitar eventual responsabilização da pessoa jurídica da Concessionária Move São Paulo S.A., já sob o seu controle acionário, em razão de quaisquer eventuais ilícitos ocorridos anteriormente, ainda que desconhecidos naquele momento, notadamente em face da lei anticorrupção, ante o envolvimento de sua principal acionista (Novonor, ex-Odebrecht) na Operação Lava Jato.

da concessão da Linha 6 se encerraram de forma frutífera, tendo sido formalizado um Instrumento de Cessão com a SPE Linha Universidade Participações S.A., composta pelas empresas Acciona Construcción S.A. e Acciona do Brasil Ltda, motivo pelo qual se solicitou a anuência prévia do Poder Concedente para a operação, conforme previsto no artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95.

À época, o Poder Concedente, antes de decidir a respeito do pleito da Concessionária Move São Paulo S.A., analisou cada uma das alternativas possíveis de serem adotadas pelo Poder Concedente, quais sejam: (i) manutenção da viabilidade técnica e financeira do Contrato de Concessão Patrocinada nº 015/2013, resgatando suas condições originais especialmente quanto aos prazos de implantação do empreendimento e retomada das obras, saneados os fatos que motivaram a sua paralisação, com a entrada de novos acionistas ou a transferência da concessão; ou (ii) efetivação dos efeitos da caducidade, com o encerramento formal do contrato, pagamento da indenização provavelmente devida à Concessionária e a assunção do serviço e dos bens reversíveis (áreas desapropriadas e canteiros de obras, em síntese) pelo Poder Concedente, bem como a consequente decisão de buscar novamente a entrega do serviço público à população por meio das seguintes opções: (a) execução das obras e posterior operação integralmente pelo Estado, (b) execução da obra pelo Estado e posterior delegação do serviço de operação, ou (c) delegação da execução de obra e serviço, nos moldes do Contrato de Concessão em vigência.

Com base em tal análise, demonstrou-se, à época, que a manutenção do contrato de concessão geraria um ganho ao Estado (i) de R\$ 2,9 bilhões, em relação ao cenário de encerramento contratual e retomada do empreendimento pelo Poder Público, (ii) de R\$ 2,5 bilhões, em relação à hipótese de extinção contratual e retomada do projeto, com implantação da Linha 6 por meio de contratações com fundamento na Lei nº 8.666/93 e futura operação privada, por meio de concessão, e (iii) de R\$ 1,8 bilhões, em relação à hipótese de extinção contratual e retomada do empreendimento exclusivamente por um parceiro privado, por meio de uma nova PPP integral, tal qual a presente concessão patrocinada.

Ademais, reconheceu-se à época que, muito embora o Poder Concedente pudesse prosseguir com a caducidade da concessão,

o encerramento do atual contrato levaria (i) à necessidade de assunção da posse e da responsabilidade de guarda e conservação de toda a infraestrutura instalada (áreas desapropriadas e canteiros de obras, alguns com escavações já realizadas), com as dificuldades inerentes a tal situação, (ii) à necessidade de assunção dos vultosos custos com a manutenção dos canteiros e da integridade e segurança das obras e imóveis desapropriados ao longo de todo o período, até a transferência de sua posse à empresa contratada para a retomada do empreendimento, (iii) à assunção dos riscos inerentes à complexidade do encerramento da concessão, definindo-se os bens que seriam tidos por reversíveis e sua precificação, bem como os critérios de indenização, fatores estes passíveis de questionamento arbitral na hipótese de discordância da Concessionária, (iv) à inevitabilidade de assunção dos riscos decorrentes de nova(s) licitação(ões), correndo tanto os riscos ordinários de tal escolha (eventuais impugnações judiciais e em órgãos de controle, risco da licitação ser deserta, risco de obter uma contratação em piores condições comparadas àquelas atualmente existentes, etc), quanto os riscos decorrentes dos litígios (judicial e arbitral) então existentes contra a atual Concessionária, e (v) às implicações econômicas e sociais da disponibilização à população do serviço público em questão em tempo significativamente superior, dado que, de acordo com a experiência prática da Administração, uma nova licitação do porte necessário à implantação da Linha 6 do Metrô, com todas as dificuldades inerentes à modelagem de uma obra de grande complexidade já executada parcialmente e paralisada antes do seu término, não seria finalizada em menos de 27 (vinte e sete) meses.

Logo, com base nas informações produzidas pelo Poder Concedente, restou comprovado que seria mais vantajoso ao interesse público manter a vigência do Contrato de Concessão, inclusive em razão dos benefícios sociais decorrentes da entrega da obra em prazo menor, em comparação com o cenário de eficácia dos efeitos do decreto de caducidade e consequente encerramento formal do contrato.

Demonstrada a vantajosidade na manutenção da concessão, coube ao Poder Concedente adotar as cautelas necessárias para gerar os incentivos adequados para que, em situações futuras, outras Concessionárias não incorressem em riscos contratuais alocados a elas acreditando que,

diante da perspectiva de caducidade da concessão, o Estado optaria por reestruturar o contrato e assumir o impacto do evento.

Naquele cenário, o Poder Concedente condicionou a transferência de concessão (i) ao saneamento das pendências então existentes, (ii) à diminuição do risco de o Estado ser compelido a pagar qualquer valor decorrente de fatos pretéritos relacionados à Concessionária Move São Paulo S.A., e (iii) à criação das condições mínimas necessárias a uma rápida retomada das obras de implantação da Linha 6, bem como ao cumprimento integral das obrigações contratuais por parte da futura Concessionária, dentre as quais, a efetiva possibilidade de obtenção do financiamento de longo prazo necessário para a retomada das obras.

Buscando atingir tais objetivos, exigiu-se, como providências necessárias à transferência da concessão, primeiramente o pagamento integral das multas pela então Concessionária Move São Paulo S.A. já definitivamente aplicadas em decorrência de descumprimentos contratuais, de acordo com os cálculos considerados corretos pelo Estado.

Com tal providência buscou-se evitar que a Move São Paulo S.A., responsável pelo descumprimento contratual que levou à situação de paralisação das obras, deixasse de ter relação contratual com o Poder Concedente sem quitar todas as suas dívidas, dificultando a posterior cobrança de tais valores e possibilitando uma situação contrária ao interesse público.

Outrossim, exigiu-se que a então Concessionária desistisse das ações judiciais e arbitrais propostas em face do Poder Concedente, tendo em vista o montante dos valores envolvidos (R\$ 1,7 bi) e o risco existente de o Estado ser condenado.

Com efeito, o Estado ficaria em situação jurídica frágil ao permitir que a Move São Paulo, reconhecidamente culpada pela paralisação das obras de implantação da Linha 6, deixasse de ter relação contratual com o Poder Concedente e mantivesse pleitos bilionários contra o Estado, lançando enorme risco ao projeto da Linha 6 e ao próprio erário.

Por fim, exigiu-se que tanto a atual quanto a futura Concessionária e seus sócios renunciassem, reciprocamente, a quaisquer pleitos administrativos, judiciais e/ou arbitrais, em andamento ou futuros,

em razão de atos ou fatos relacionados ao Contrato de Concessão Patrocinada nº 015/2013, ocorridos em data anterior à futura assinatura do Termo Aditivo referente à transferência da concessão.

Da mesma forma, o Poder Concedente exigiu que a Move São Paulo, com a anuência da futura Concessionária, renunciasse às pretensões formuladas em todos os processos administrativos relativos ao contrato em trâmite perante a STM que tratem de pleitos indenizatórios ou que busquem o reconhecimento de direito a reequilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, exigiu-se que a Concessionária Move São Paulo, bem como os seus acionistas, renunciassem, integralmente e em caráter irrevogável e irretratável, a quaisquer pretensões, perante o Poder Concedente, relacionadas ao Contrato de Concessão Patrocinada nº 015/2013, de forma a nada mais poder vir a destes exigir em decorrência de possíveis inadimplementos contratuais no âmbito do Contrato da Linha 6.

Além de servir como paradigma para eventuais situações semelhantes, buscando-se evitar o risco moral de outras concessionárias futuramente paralisarem ou dificultarem a execução de contratos de concessão buscando uma situação mais favorável, a concretização de tais providências reforçou a vantajosidade da decisão de manter vigente o contrato de PPP da Linha 6 do Metrô, possibilitando que o Estado, dentro de uma lógica convencional, tivesse mais segurança para concordar com eventuais adaptações no contrato que, sem desnaturar a sua essência, fossem necessárias para a sua retomada.

A transferência da concessão, portanto, foi medida alinhada com o interesse público, pois permitiu, a um só tempo: (i) a integral substituição da Concessionária, eliminando os ônus causados à concessão pelas circunstâncias que envolviam o corpo acionário da Concessionária Move SP, pelos riscos reputacionais e financeiros que inviabilizaram a captação do financiamento de longo prazo; (ii) a viabilização da captação do financiamento necessária à retomada do empreendimento; (iii) a segurança do Poder Concedente no recebimento do valor das penalidades pecuniárias aplicadas à Concessionária Move SP; (iv) a desistência de pleitos administrativos e judiciais que, se julgados procedentes, poderiam ocasionar sério impacto financeiro ao erário estadual; e (v) a viabilização da entrega

à população, no menor prazo e no menor custo dentre as alternativas disponíveis ao Poder Concedente, de infraestrutura de transporte público capaz de atender mais de 680.000 passageiros por dia útil.

Assim, ficou demonstrado que a transferência da concessão, e a consequente manutenção do contrato de concessão, foi a providência mais vantajosa para o Poder Concedente, tendo em vista os custos, preços e prazos de cada alternativa disponível ao gestor público. De fato, tal medida foi a que (i) apresentou maior rapidez para a retomada das obras e o início da operação da Linha 6; e (ii) gerou maior valor econômico, quando comparado às alternativas de nova licitação.

Por fim, tendo a análise do Poder Concedente concluído que a documentação da cessionária, bem como de suas acionistas, atendia às exigências do edital, estando aptas, nestes aspectos, a assumir a transferência do contrato de concessão, cumprindo, portanto, os requisitos previstos nos incisos §1º do artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95, foi concedida a anuência prévia para a transferência da concessão.

O caso da transferência da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo demonstra, portanto, que tal providência e a consequente manutenção do contrato vigente pode ser a opção que melhor prestigia o interesse público consubstanciado, primordialmente, no benefício social, refletido na entrega da Linha 6 à população em menor prazo, além do benefício econômico-financeiro ao Governo do Estado de São Paulo.

## **7. DOS POSSÍVEIS MECANISMOS CONTRATUAIS PARA SOLUCIONAR SITUAÇÕES DE IMPASSE COMO A EXPERIMENTADA PELA PARALISAÇÃO DAS OBRAS DA PPP DA LINHA 6 DO METRÔ DE SÃO PAULO**

Dada a situação de impasse experimentada com a paralisação das obras da PPP da Linha 6 do Metrô de São Paulo, é salutar a formulação de cláusulas contratuais que, ao menos em tese, possam constituir instrumentos para evitar a interrupção dos serviços e das atividades delegadas à iniciativa privada mediante concessão, quando tal situação for superável por meio da transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária.

Uma primeira opção, para enfrentar tal situação, seria a venda ou troca acionária comandada pelos financiadores, na hipótese da assunção

do controle da Concessionária, em decorrência da assinatura de acordo tripartite entre Poder Concedente, Concessionária e financiadores.

A lógica aqui seria permitir que os financiadores, na hipótese de inadimplência da Concessionária, assumissem o seu controle, desde que mediante cumprimento prévio dos requisitos de habilitação jurídica e regularidade fiscal aplicáveis, solicitando posteriormente ao Poder Concedente a venda da concessão por meio da sua transferência ou a troca acionária, podendo ser configurada, ao final, a substituição do controle acionário da Concessionária ou não.

Esta foi a solução adotada pelo contrato de concessão das Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda de Trens Metropolitanos, anteriormente operada pela CPTM, nos termos de sua Cláusula 47.1, inciso IV:

47.1 Nos termos do ACORDO TRIPARTITE, caso este venha a ser celebrado, será facultado aos FINANCIADORES adotar, à sua escolha, qualquer uma das seguintes medidas, nas hipóteses previstas no ACORDO TRIPARTITE, e sem prejuízo das condições ali apontadas e da observância à legislação vigente:

(iv) solicitar a transferência da CONCESSÃO ou do CONTROLE da CONCESSIONARIA.

Uma segunda opção seria permitir a extinção da concessão, de comum acordo, e sua consequente rellicitação, desde que garantida a prestação dos serviços até a celebração de um novo contrato de concessão. Tal possibilidade, já admitida tanto pela Lei Federal nº 13.448/17 quanto pela Lei Estadual nº 16.933/19, foi adotada pela concessão do Aeroporto de Viracopos, nos termos da sua Cláusula 13.33:

13.33. A concessão poderá ser extinta por acordo entre Poder Concedente e Concessionária, em procedimento que garanta a continuidade da prestação dos serviços até a celebração de novo ajuste negocial para exploração das infraestruturas aeroportuárias.

Ainda com o mesmo objetivo, é possível prever a prerrogativa de o Poder Concedente extinguir o contrato de forma unilateral mediante a previsão de hipótese de resilição unilateral ou *way out* quando descumprida alguma obrigação específica da Concessionária,

desde que garantida a continuidade da prestação do serviço público até a assinatura de um novo contrato de concessão, decorrente de um novo procedimento licitatório.

Por fim, dado que a prospecção de novos interessados para assumir uma concessão, quer mediante a transferência da concessão, quer mediante a assunção do controle acionário de uma concessionária, são medidas que, idealmente, devem ser conduzidas pela iniciativa privada e não pelo Estado. Não entendemos ser viável que o Poder Concedente possa, de forma contrária aos interesses da concessionária, ter a prerrogativa de determinar a transferência da concessão.

Ao contrário, compete ao Poder Concedente estabelecer os incentivos corretos para que a situação de caducidade ou descumprimento contratual grave seja, de alguma forma, desinteressante para os investidores da Concessionária, como o estabelecimento de multas pesadas na hipótese de caducidade ou a extensão da penalidade de inidoneidade para os acionistas diretos e indiretos da Concessionária.

Mais do que recomendável, esta última providência é necessária quando a concessionária se tratar de uma SPE. Dado que, nesta hipótese, a concessionária é criada com a finalidade exclusiva de prestar os serviços concedidos, se extinguindo com a própria extinção da concessão, é completamente inócuas e sem qualquer efeito prático a aplicação de sanções obstativas do direito de contratar com o Poder Público, já que tal pessoa jurídica não pode, por definição, participar de outras licitações e contratações.

A SPE criada para figurar exclusivamente como concessionária, por constituir mera ferramenta para segregação contábil, patrimonial e de riscos relacionados à concessão, não tem existência econômica dissociada do contrato de concessão. Logo, não faz sentido exigir o cumprimento de requisitos ordinariamente exigidos para a desconsideração da personalidade jurídica e aplicação de sanção aos acionistas, como a demonstração de comportamento fraudulento ou confusão patrimonial.

Ademais, é essencial estabelecer mecanismos para garantir que, tanto para a Concessionária, quanto para os financiadores, a caducidade jamais seja melhor do que a continuidade da concessão, gerando os

incentivos corretos para que ambos atuem para evitar a caducidade, buscando alternativas para a continuidade do projeto.

Dentre tais possíveis mecanismos, o mais importante é estabelecer cláusulas contratuais que, ao disciplinarem as formas de encerramento contratual e as respectivas formas de cálculo da indenização correspondente, necessariamente estabeleçam regras que indiquem, em qualquer cenário, ser a indenização em decorrência da caducidade inferior à perspectiva de rentabilidade com a continuidade da concessão.

## 8. CONCLUSÃO

Analisamos o instituto da transferência de concessão, previsto no artigo 27 da Lei nº 8.987/95, e vimos a sua essencialidade para os contratos de concessão.

Com efeito, determinar que apenas a empresa vencedora da licitação ou seus acionistas devam obrigatoriamente executar um contrato incompleto por natureza, de grande complexidade, que envolve vultosos investimentos a serem amortizados em décadas, é desconsiderar a realidade econômica e empresarial na qual estes ajustes estão inseridos.

Além disso, ficou demonstrada a constitucionalidade da transferência da concessão, independentemente de nova licitação, sem que tal providência viole, em qualquer medida, o dever de licitar previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

Não são necessárias teorias sofisticadas para demonstrar o óbvio: o importante para o Poder Concedente é a manutenção da proposta comercial oriunda do procedimento licitatório e que o serviço público seja bem prestado à população, por uma pessoa jurídica com qualificação necessária à perfeita execução do contrato.

A transferência de uma concessão ou do controle acionário da concessionária são atos empresariais tão comuns quanto fusões, cisões e incorporações, razão pela qual não faz nenhum sentido entender pela constitucionalidade destas últimas providências e pela inconstitucionalidade das primeiras.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral)**, com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, v. 13, n. 156, dez. 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FILHO, Marçal Justen. **Concessões de serviços públicos: Comentários às Leis nºs 8.897 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997.
- FILHO, Marçal Justen. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- FREITAS, Rafael Véras de. A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.
- FREITAS, Rafael Véras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015.
- GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.
- GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Admissão de Atestados de Subcontratada Nomeada nas Licitações para Concessão de Serviços Públicos. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 238, p. 121-130, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo.** v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PETROBRAS. **Novos caminhos.** Brasília, DF: 2020. Disponível em: <https://novoscaminhos.petrobras.com.br/a-petrobras-esta-sendo-desmontada-ela-parou-de-crescer-e-investir>. Acesso em: 2 fev. 2022.

ODEBRECHT conclui venda da Supervia e da Rota das Bandeiras. **G1**, São Paulo, 29 mai. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/29/odebrecht-conclui-venda-da-supervia-e-da-rota-das-bandeiras.ghtml>. Acesso em: 15 ago. 2022.

ODEBRECHT conclui venda por R\$ 2,9 bilhões de divisão ambiental. **Jornal do Comércio: O Jornal de economia e negócios do RS**, Farroupilha, 26 abr. 2017. Disponível em: [https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/2017/04/economia/559233-odebrecht-conclui-venda-por-r-2-9-bilhoes-de-divisao-ambiental.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/04/economia/559233-odebrecht-conclui-venda-por-r-2-9-bilhoes-de-divisao-ambiental.html). Acesso em: 15 ago. 2022.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 197-216, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33297>. Acesso em: 21 nov. 2021.

VALENTI, Graziella. Odebrecht vende concessões de rodovias no Peru. **TMA Brasil**, São Paulo, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://www.tmabrasil.org/blog-tma-brasil/noticias-em-geral/odebrecht-vende-concessoes-de-rodovias-no-peru>. Acesso em: 15 ago. 2022